شرح الزركشي

شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي المصري الحنبلي
المتوفى سنة ٧٧٢ هـ

على

مختصر الخرقي

الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي
المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل

قدم له ووضع حواشيه

عبد المنعم خليل إبراهيم

الجزء الثاني

يحتوي على الكتب التالية :

البيوع - السلم - الرهن - الحجر - الصلح - الحوالة والضمان - الشركة - الوكالة
الشفعة - المساقاة - الإجارة - إحياء الموات - الوقوف والعطايا - اللقيط
الوصايا - الفرائض - الولاء - الوديعة - النكاح - الصداق - الطلاق - الإيلاء
الظهار - اللعان - العدد - الرضاع - النفقات

منشورات
محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطّبعَة الأولى
١٤٢٣ هـ ـ ٢٠٠٢ م

دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان

رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ ـ ٣٦٦١٣٥ ـ ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ٩٤٢٤ ـ ١١ بيروت ـ لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ére Etage
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3521-X

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب البيوع

ش: البيوع جمع بيع، مصدر: باع يبيع. بمعنى ملك، وبمعنى اشترى، وكذلك شرى يكون بالمعنيين، وعن أبي عبيدة وغيره: أباع بمعنى باع، وهو (في اللغة) قيل: أن يدفع عوضاً ويأخذ معوضاً منه. وقال أبو عبد اللّٰه السامري: إنه الإيجاب والقبول إذا تناول عينين، أو عيناً بثمن. (وفي الشرع) قال القاضي وابن الزاغوني وغيرهما: إنه عبارة عن الإيجاب والقبول، إذا تضمن عينين للتمليك، وأبدل السامري: عينين. بمالين، ليحترز عما ليس بمال، فلا يطرد لدخول الربا، وقد يدخل القرض على الثاني، فلا ينعكس، لخروج بيع المعاطاة، على رواية مختارة، وخروج المنافع كممر الدار ونحوه، والبيع في الذمة وقال أبو محمد: مبادلة المال بالمال لغرض التمليك، فدخلت المعاطاة، وقد يدخل القرض، إلا أنه وإن قصد فيه التملك لكن المقصود الأعظم فيه الإرفاق، لكنه يدخل عليه الربا.

وحده بعض المتأخرين بأنه: تمليك عين مالية، أو منفعة مباحة، وعلى التأبيد، بعوض مالي على التأبيد، ويدخل عليه أيضاً القرض والربا، وبالجملة الحدود قل ما يسلم منها، انتهى.

واشتقاقه قال أبو محمد وكثير من الفقهاء: إنه مشتق من الباع، لأن كل واحد منهما يمد باعه للأخذ. ورد (من جهة الصناعة) بأنه مصدر، والمصدر على رأي البصريين منبع الاشتقاق، فهو مشتق منه، لا أنه مشتق، فإن أجيب بالتزام مذهب الكوفيين بأن الأصل والاشتقاق للفعل رد بأنه الفعل الذي منه المصدر، لا فعل مقدر آخر، لأن الباع عينه واو، إذ هو من: بوع. والبيع عينه ياء، من: بيع. وشرط الاشتقاق موافقة الأصل والفرع في الحروف الأصول، وقد يجاب عن هذا وعن كثير من اشتقاقات الفقهاء بأن هذا من الاشتقاق الأكبر، الذي يلحظ فيه المعنى، دون الموافقة في الحروف، ولا ريب أن بين البيع والباع مناسبة ما كما تقدم، على أن بعض البيانيين لم يشترط الموافقة على المعنى فقال في قوله تعالى: ﴿إِنِّي لِعَمَلِكُم مِّنَ ٱلْقَالِينَ﴾ [الشعراء: ١٦٨]: إنه من الاشتقاق الكبير، المشبه للاشتقاق الصغير، مع أن: قال. من

القول، (والقالين) من القلي وهو البغض فالحروف لم تتفق، والمعنى لم يتحد.

(ومن جهة المعنى) بالبيع في الذمة ونحوه، لانتفاء مد الباع فيه.

وقيل: إنه مشتق من البيعة، وفيه نظر، إذ المصدر لا يشتق من المصدر، ثم معنى البيع غير معنى المبايعة. انتهى.

وهو مما علم جوازه من دين اللّه سبحانه بالضرورة، وقد تضافرت الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع على ذلك، قال سبحانه: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] إن قيل: إن الألف واللام فيه للاستغراق أو للعهد، بناء على أنه منقول شرعي، أما إن قيل: إنه مجمل. فلا، وأما السنة فما لا يحصى كثرة، وسيأتي جملة منه إن شاء اللّه، وأما الإجماع فبنقل الأثبات، ثم الحكمة تقتضيه، إذ الإنسان قد يحتاج إلى ما في يد صاحبه من مأكول، وملبوس، وغير ذلك، وليس كل أحد يسمح أن يبذل ماله مجاناً، فاقتضت الحكمة جواز ذلك، تحصيلاً للمصلحة من الطرفين.

واعلم أن ماهية البيع مركبة من ثلاثة أشياء، عاقد، ومعقود عليه، ومعقود به (أما العاقد) فيشترط له أهلية التصرف، وهو أن يكون بالغاً، عاقلاً، مأذوناً له، مختاراً، غير محجور عليه، (وأما المعقود به) فهو كل ما دل على الرضا، ولا يتعين: بعت واشتريت. على أشهر الروايتين، وهل يتعين اللفظ فلا يصح بيع المعاطاة، أو لا يتعين، فيصح، أو يتعين فيما له خطر دون المحقرات؟ على ثلاثة أقوال، وفصل الخطاب في ذلك أن قوله سبحانه: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ هل المعتبر حقيقة الرضى، فلا بد من صريح القول، أو ما يدل عليه، فيكتفي بما يدل على ذلك؟ فيه قولان للعلماء.

ثم رتبة الإيجاب التقدم، ورتبة القبول التعاقب له، فإن تقدم القبول الإيجاب بلفظ الطلب نحو: بعني. فروايتان منصوصتان، وخرجهما أبو الخطاب وجماعة فيما إذا تقدم بلفظ الماضي، نحو: ابتعت منك. وظاهر كلام أبي محمد في الكافي منع ذلك، والجزم بالصحة، أما الاستفهام نحو: أتبيعني؟ فليس بقبول، وإذاً لا مدخل له في التقسيم، وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما في مجلس العقد، ولم يتشاغلا بما يقطعه.

وأما المعقود عليه فيشترط له شروط، (أحدها) كونه مما فيه منفعة مباحة لغير حاجة (الثاني) كونه مأذوناً للعاقد في بيعه، بملك أو إذن (الثالث) كونه معلوماً للمتعاقدين برؤية حال العقد بلا ريب، وكذلك على المذهب بصفة ضابطة لما يختلف به الثمن غالباً، أو برؤية متقدمة بشرط عدم تغير المبيع غالباً (الرابع) كونه مقدوراً على

تسليمه، ثم مع جميع ذلك لا بد من انتفاء مانعه، وهو مقارنة نهي من الشارع، وتحقيق ذلك يحتاج إلى بسط طويل، لا يليق بهذا الكتاب والله أعلم.

قال:

باب خيار المتبايعين

ش: الخيار اسم مصدر من: اختار يختار اختياراً. وهو طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه، والله أعلم.

قال: والمتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما.

١٨٢١ ـ ش: الأصل في ذلك ما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ قال: «إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فإن تبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع»[١] متفق عليه.

١٨٢٢ ـ وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ قال: «البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله»[٢] رواه الخمسة إلا ابن ماجه، وحسنه الترمذي، وللدارقطني فيه «حتى يتفرقا من مكانهما» وهذا نص في أن التفرق بالأبدان لا بالأقوال، ويقرب منه حديث ابن عمر لقوله «وإن تفرقا بعد أن تبايعا»وحقيقة ذلك بعد صدور البيع، ثم يعين ذلك فعل راويه المشافه لقائله.

١٨٢٣ ـ ففي مسلم عن نافع، أن ابن عمر رضي الله عنه كان إذا بايع رجلاً فأراد أن لا يقيله مشى هنية ثم رجع[٣]، وراوي الحديث إذا فسره بما يقتضي ظاهره أكد ذلك الظاهر، ومنع تأويله عند العامة، ثم يرجح ذلك أن البائع اسم مشتق من البيع، وحقيقته بعد البيع.

واعتراض المالكي بعمل أهل المدينة مردود بمخالفة سعيد بن المسيب، والزهري، وابن أبي ذئب، ولقد بالغ ابن أبي ذئب في الإنكار على من خالف الحديث.

واعترض الحنفي بكونه خبر آحاد فيما تعم به البلوى مردود باستفاضة الحديث.

١٨٢٤ ـ فقد رواه الجماعة من حديث عبد الله بن عمر، وحكيم بن حزام، وأبو داود والترمذي والنسائي من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، والترمذي، وأبو داود

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٠٧، ومسلم ١٠/ ١٧٤.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٤٥٦، والترمذي ١٢٦٥، والنسائي ٧/ ٢٥١، وأحمد ٢/ ١٨٣.
(٣) أخرجه البخاري حديث ٢١٠٧، ومسلم ١٠/ ١٧٥.

من حديث أبي هريرة، والنسائي من حديث سمرة بن جندب، وأبو داود من حديث أبي برزة والترمذي من حديث جابر، ثم قد عمل الصحابة عليه، على أنا لا نسلم الأصل، بل نقول بخبر الواحد والحال ما تقدم.

وقول الخرقي: والمتبايعان. يدخل فيه جميع أنواع البيع، من التولية، والمرابحة، والشركة، والمواضعة، وكذلك (الصلح) بمعنى البيع، كما إذا أقر له بدين أو بعين، ثم صالحه عنه بعوض، (والإجارة) لأنها بيع منافع، وفي الكافي وجه بالمنع إذا كانت الإجارة على مدة تلي العقد، ويدخل أيضاً الصرف، والسلم، لأنهما بيع حقيقة، وعنه: لا خيار فيهما، وخص القاضي في روايتيه الخلاف بالصرف، وتردد في السلم هل يلحق بالصرف أو ببقية البياعات؟ على احتمالين، ويدخل أيضاً (الهبة بعوض)، إذ المغلب إذاً حكم البيع على المشهور، والإقالة، والقسمة، حيث قيل: إنهما بيع، ويدخل أيضاً (الحوالة) إن قيل: إنها بيع. لا إن قيل: إنها إسقاط، أو عقد مستقل، لوجود البيع في جميع ما تقدم.

ويستثنى من عموم كلامه إذا اشترى من يعتق عليه، فإنه لا خيار له، كما لو باشر عتقه، وسيأتي إن شاء اللَّه تعالى، وفي سقوط حق صاحبه وجهان.

ويخرج من كلامه كل ما ليس ببيع، كالنكاح، والخلع، والقرض والكتابة، وغير ذلك، وكذلك المساقاة، والمزارعة، والسبق، والشفعة، إذا أخذ بها، وفي الأربعة إن قيل بلزومها وجه.

وقد يخرج من كلامه ما إذا اتحد العاقد، كما إذا اشترى لنفسه من مال ابنه الصغير، ونحو ذلك، إذ لا متبايعان، وقد يدخل لأنه في حكم متبايعين، وبالجملة في ثبوت الخيار لمن هذه حالته قولان، المجزوم به منهما ـ لصاحب التلخيص وابن حمدان في الصغرى، وأورده أبو محمد مذهباً ـ عدم الثبوت، وعلى القول بالثبوت هل يعتبر مفارقة المجلس، أو لا بد من اختيار اللزوم؟ قولان أيضاً.

وقوله: ما لم يتفرقا بأبدانهما. يقتضي أن الخيار لهما ولو طال المجلس بنوم، أو بناء حاجز، أو مشي منهما، ونحو ذلك، وهو كذلك، لظاهر الحديث.

١٨٢٥ ـ وكذا فهم أبو برزة رضي اللَّه عنه أحد رواة الحديث.

وكلامه (شامل) لما إذا مات أحدهما، لعدم التفرق بالأبدان، وهو أحد الوجهين، (والثاني) ـ وبه جزم ابن حمدان، وصاحب التلخيص، ويحتمله كلام الخرقي كما سيأتي ـ أن الخيار والحال هذه يبطل، إذ الموت أعظم الفرقتين، (وشامل) أيضاً لما إذا تبايعا على أن لا خيار بينهما، وهو إحدى الروايتين، واختيار القاضي في تعليقه، وأبي الخطاب في خلافه الصغير، وأبي الحسين، وابن عقيل في الفصول، لأن أكثر الأحاديث «البيعان بالخيار» من غير زيادة، ولأنه إسقاط للحق قبل وجوبه،

(والثانية) ـ وهي اختيار ابن أبي موسى، والقاضي في روايتيه، والشيرازي، وأبي محمد ـ يبطل الخيار والحال هذه، لما تقدم في حديث ابن عمر «أو يخير أحدهما الآخر، فإن تبايعا على ذلك فقد وجب البيع» والأخذ بالزائد أولى، والتبايع على ذلك يمنع انعقاد السبب مؤقتاً. (فعلى الأولى) في فساد العقد باشتراط ذلك قولان، أظهرهما ـ وهو ظاهر كلام الخرقي ـ عدم الفساد.

ومفهوم كلامه أنه متى حصل تفرقهما بطل خيارهما، ويدخل في ذلك ما لو حصلت الفرقة بهرب، أو من غير قصد، أو جهلا، أو بإكراه، وهو كذلك، نعم في الإكراه (وجه آخر)، يحكى عن القاضي، وأورده في التلخيص مذهباً: أن خيار المكره لا ينقطع، وإذاً يكون له الخيار في المجلس الذي زال عنه الإكراه فيه دون صاحبه، (وقول ثالث): إن كان المكره قادراً على كلام يقطع به خياره انقطع، وإلا فلا، ثم إن أبا محمد في المغني خص الخلاف بما إذا أكره أحدهما، أما إن أكرها فقال: ينقطع خيارهما، لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر، فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه، وصرح في الكافي بالخلاف في الصورتين، وهو أجود وقد قطع ابن عقيل في الفصول ببقاء خيارهما مع إكراههما، وجعل من صور ذلك إذا رأيا سبعاً، أو ظالماً يؤذيهما، أو احتملهما السيل أو أحدهما، أو حملت الريح أحدهما، وجعل في جميع ذلك الخيار لهما في موضع زوال المانع، ويتلخص من ذلك ـ على ما قطع به ابن عقيل، وأورده في المغني مذهباً، فيما إذا أكرها أو أحدهما ـ ثلاثة أقوال، يبطل الخيار في الصورتين، لا يبطل فيهما، يبطل فيما إذا أكرها، ولا يبطل فيما إذا أكره أحدهما، بل يكون الخيار له دون صاحبه.

ثم هل له الخيار مطلقاً، أو بشرط عدم قدرته على كلام يقطع به خياره؟ فيه قولان.

(تنبيهان): «أحدهما» المرجع في التفرق إلى العرف لعدم نص من الشارع ببيانه، وقد ضبط ذلك بأنهما إن كانا في رحب واسع فبأن يمشي أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات، على ما قطع به ابن عقيل، وأورده في المغني مذهباً، اتباعاً لفعل ابن عمر المتقدم، وقيل ـ وقطع به في الكافي ـ: بل يبعد منه، بحيث لا يسمع كلامه عادة، وإن كانا في دار كبيرة فمن بيت إلى آخر، أو إلى مجلس أو صفة، بحيث يعدُّ مفارقاً له، وفي صغيرة يصعد أحدهما سطحها، أو يخرج منها، وفي سفينة صغيرة يخرج أحدهما ويمشي، وفي كبيرة يصعد أحدهما أعلاها وينزل الآخر أسفلها، ونحو ذلك.

(الثاني): قول الخرقي: ما لم يتفرقا ـ وكذلك في الحديث ـ قال الأزهري: سئل أحمد بن يحيى ـ ثعلب ـ عن الفرق بين التفرق والافتراق، فقال: أخبرني ابن الأعرابي عن المفضل قال: يقال: فرقت بين الكلامين ـ مخففاً ـ فافترقا، وفرقت بين اثنين ـ مشدداً ـ فتفرقا، فجعل الافتراق في الأقوال، والتفرق في الأبدان وهو يؤيد ما ذهبنا إليه.

وقوله في حديث عبد الله بن عمرو بن العاص «إلا أن يكون صفقة خيار» أصل

الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع، ثم جعل عبارة عن العقد، أي إلا أن يكون عقد خيار، ثم يحتمل أن المراد عقد شرط فيه الخيار، ويكون مستثنى مما بعد الغاية، ويحتمل أنه عقد نفي فيه الخيار، فيكون مستثنى من المنطوق، ولعله أظهر وقول نافع: مشى هنيهة. تصغير «هنة» وهي كلمة يعبر بها عن كل شيء قليل، والله أعلم.

قال: فإن تلفت السلعة، أو كان عبداً فأعتقه المشتري أو مات، بطل الخيار.

ش: إذا تلفت السلعة في مدة الخيار بطل في إحدى الروايتين عن أحمد، اختارها الخرقي وأبو بكر، نظراً إلى أن التالف لا يتأتى عليه الفسخ (والثانية) ـ وهي أنصهما، واختارها الشريف، وابن عقيل، وحكاها في موضع من الفصول عن الأصحاب ـ يبطل خيار المشتري، لحصول التلف في ملكه، ولا يبطل خيار البائع، بل له الفسخ، والرجوع إلى البدل، لتعذر الرجوع في العين، نظراً إلى أن الفسخ للعقد، وإنما ورد على موجود، ولعموم «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» وكأن محل التردد هل النظر إلى حال العقد أو إلى الحال الراهنة، وحكم عتق المشتري للعبد المبيع حكم تلفه، لأنه تلف معنوي، لانتفاء المالية منه، ولما كان التلف المعنوي قد يتوهم أنه يخالف التلف الحسي نبه الخرقي عليه، مع زيادة فائدة يأتي بيانها إن شاء الله تعالى، ثم لما فصل العبد من بقية السلع، ذاكراً لحكم عتقه، ربما أوهم أن تلفه ليس كذلك، فأزال ذلك الوهم فقال: أو مات. ويحتمل أن يعود الضمير ـ لعله أظهر ـ في: أو مات. إلى المشتري، فيفيد أن المشتري إذا مات في مدة خيار المجلس يبطل الخيار، لما تقدم من أن الموت أعظم الفرقتين.

والفائدة التي أشرنا إليها ثم في كلام الخرقي هي أن عتق المشتري يصح، وهو مبني على انتقال الملك إليه بمجرد العقد، كما هو المشهور والمختار من الروايتين، وعلى الرواية التي تقول لا ينتقل الملك إليه إلا بانقضاء الخيار لا ينفذ عتقه، بل عتق البائع، إناطة بالملك.

واعلم أنه لا يصح تصرف المشتري فيما صار إليه، ولا تصرف البائع فيما بذل له، بشيء في مدة الخيار، على المشهور من الروايتين، حذاراً من إبطال حق الغير من الخيار أو التصرف في غير ملك، (والثانية) يقع التصرف موقوفاً على انقضاء الخيار، ولا يبطل حق من لم يتصرف من الخيار فإن انقضى ولا فسخ صح التصرف، وإن فسخ من لم يتصرف، بطل التصرف، ويستثنى من ذلك العتق، فإنه يصح ممن له الملك بلا نزاع نعلمه عندنا.

١٨٢٦ ـ اعتماداً على عموم مفهوم قوله ﷺ: «لا عتق لابن آدم فيما لا يملك»[١] ولبنائه على التغليب والسراية ولتشوف الشارع إليه، ولهذا يسري في ملك

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢١٩٠، وأحمد ٢/١٨٩، ١٩٠.

الغير وفي إلحاق الوقف به خرف، الأصح: لا، واستثنى أبو الخطاب في الانتصار والشيخان تصرف المشتري والخيار له وحده، وزاد أبو البركات بتصرفه مع البائع، ونبه بذلك على تصرفه بإذن البائع، أو تصرف البائع، بوكالة المشتري أنه يصح بطريق الأولى، كما صرح به أبو محمد، وله في تصرف البائع بإذن المشتري احتمالان، ولصاحب التلخيص احتمال بعدم صحة تصرف المشتري، والخيار له وحده، وبناه على القول بأن الملك إنما يحصل له بالعقد واللزوم، على الرواية الضعيفة، وقد عرف من هذا أن الشيخين فرعا على الرواية المشهورة، من حصول الملك له بالعقد، وأن إيراد ابن حمدان المذهب بمنع التصرف مطلقاً إلا في العتق ـ تبعاً لإطلاق بعض الأصحاب المنع ـ ليس بشيء.

(تنبيه): كلام الخرقي ومن حذا حذوه ـ واللَّه أعلم ـ في التلف إنما هو فيما كان من ضمان المشتري، أما ما كان من ضمان البائع فسيأتي أنه تارة ينفسخ العقد فيه بمجرد التلف، وتارة يخير المشتري بين الفسخ والإمضاء، ومطالبة المتلف بالبدل، وكلامهم يشمل ما إذا كان في مدة الخيارة أو بعدها، وقد نبه على ذلك أبو محمد، وإن كان في كلامه تجوز، فإنه قال: إن التلف إن كان قبل القبض وكان مكيلاً أو موزوناً انفسخ العقد، وكان من مال البائع، قال: ولا أعلم فيه خلافاً، إلا أن يتلفه المشتري، فيكون من ضمانه، ويبطل خياره، وفي خيار البائع روايتان، فأطلق ـ والحال ما تقدم ـ أن العقد ينفسخ، وهو ممنوع لأنه إذا أتلفه أجنبي لم ينفسخ العقد كما سيأتي، بل يخير المشتري بين الفسخ ومطالبة متلفه ببدله، وقد وقع لابن عقيل أيضاً نحو قوله، واللَّه أعلم.

قال: وإن تفرقا من غير فسخ لم يكن لواحد منهما الرد إلا بعيب أو خيار.

ش: إذا تفرق المتبايعان من غير فسخ لم يكن لواحد منهما الرد في الجملة، لما تقدم من قوله: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» وفي رواية «حتى يتفرقا» غياه إلى غاية هي التفرق فمفهومه أنه لا خيار لهما بعد التفرق، وأصرح من ذلك قوله: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع» أي ثبت واستقر.

وعموم كلام الخرقي يدخل فيه ما يفتقر إلى القبض، وهو المذهب بلا ريب، لظواهر الأحاديث وعن القاضي في أن ما يفتقر إلى القرض لا يلزم إلا بقبضه.

واستثنى الخرقي رحمه اللَّه شيئين (أحدهما) أن من اطلع منهما على عيب فإن له الرد، وهو كذلك في الجملة، وقيل: إنه لم يصح فيه حديث، ولكنه إجماع، وفي معنى العيب إذا أخبره في المرابحة بثمن، فبان أنه أقل، أو أخبره أن الثمن حال، فبان مؤجلاً، ونحو ذلك، والتدليس بما يختلف به الثمن، ويقرب منه اشتراط صفة تقصد فلم توجد.

(الثاني): إذا اشترطا أو أحدهما خيار اليوم أو الشهر، فإن له الرد بذلك.

١٨٢٧ ـ لعموم قوله: «المؤمنون عند شروطهم»[١] الحديث، ولما تقدم في حديث عبد اللَّه بن عمرو «إلا أن تكون صفقة خيار» على أحد الاحتمالين فيه، ولأنها مدة ملحقة بالعقد، فصحت كالأجل، مع أن أبا محمد قد حكى ذلك في الكافي إجماعاً، لكنه معترض، نعم هو قول العامة، وهذا يلقب بخيار الشرط، والأول بخيار المجلس.

وقوله: بعيب أو خيار. الباء للسببية، أي بسبب عيب، أو بسبب خيار، فيحتمل أن يريد ما تقدم من شروط الخيار، وهو أظهر لما سيأتي، ويحتمل أن يريد حيث ثبت لواحد منهما خيار، فيدخل في ذلك خيار تلقي الركبان والنجش، ويأتيان إن شاء اللَّه تعالى، وخيار المسترسل، وهو الجاهل بقيمة المبيع، كفقير يشتري جوهرة، ونحو ذلك، والمذهب صحة معاوضة من هذه حاله، والمذهب أيضاً على صحة البيع ثبوت الخيار له إذا غبن، والمذهب المنصوص أيضاً عدم تحديد الغبن، وإناطته بما لا يتغابن بمثله، أما إن كان عالماً بالقيمة فإنه لا خيار له وإن غبن، قاله القاضي وغيره، ولأن ذلك الغبن حصل بعجلته، وعدم تأمله عادة وقدره أبو بكر، وابن أبي موسى بالثلث، وبعض الأصحاب بالسدس، ويدخل أيضاً خيار الخلف في الصفة حيث صح البيع بها، أو برؤية متقدمة، وخيار الرؤية على المشهور من الروايتين، حيث صح البيع بلا رؤية مطلقاً ولا صفة، كما هو رواية مرجوحة، واللَّه أعلم.

وقال: والخيار يجوز أكثر من ثلاث.

ش: الألف واللام لمعهود تقدم، هو خيار الشرط، وقوله: أكثر من ثلاث أي ثلاث ليال بأيامها، إذ التاريخ يغلب فيه الليالي، وكأن الخرقي رحمه اللَّه تبع لفظ الحديث.

١٨٢٨ ـ وهو ما روي عن محمد بن يحيى بن حبان قال: هو جدي منقذ بن عمرو كان رجلاً قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه، وكان لا يدع على ذلك التجارة، فكان لا يزال يغبن، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فقال: «إذا أنت بايعت فقل: لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، إن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها»[٢] رواه البخاري في تأريخه، وابن ماجه والدارقطني.

١٨٢٩ ـ وأصله في الصحيحين من حديث ابن عمر أن رجلاً ذكر لرسول اللَّه ﷺ أنه كان يخدع في البيوع، فقال النبي ﷺ: «من بايعت فقل: لا خلابة» فكان إذا بايع قال: لا خلابة[٣]. رواه البخاري ورواية مسلم قال: لا خيابة. إذا عرف هذا فالأصل

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٩٤، وأحمد ٢/ ٣٦٦.
(٢) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٣٥٥، والدارقطني في سننه ٣/ ٥٥، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٢٧٣.
(٣) أخرجه البخاري حديث ٢١١٧، ومسلم ١٠/ ١٧٦.

في جواز الخيار أكثر من ثلاث قوله سبحانه: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] وقول النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» ولأنها مدة ملحقة بالعقد، فجاز ما اتفقا عليه كالأجل، ولا يرد خبر منقذ، لأنه خاص به.

١٨٣٠ ـ بدليل أنه عاش إلى زمن عثمان بن عفان رضي اللَّه عنه، وكان يبايع ويغبن، ويرد السلع على التجار، ويقول: الرسول ﷺ جعل لي الخيار ثلاثاً، فيمر الرجل من أصحاب الرسول ﷺ فيقول: ويحك صدقك، إن رسول اللَّه جعل له الخيار ثلاثاً.

ويدخل في عموم كلام الخرقي إذا كان المبيع لا يبقى في المدة المشترطة كطعام رطب ونحوه، وصرح بذلك القاضي في أثناء مسألة اشتراط الخيار في الإجارة، وأورد عليه فقال: يصح ويباع، ويحفظ ثمنه إلى المدة، قلت: وهذا قياس ما قالوه في الرهن إذا كان لا يبقى إلى المدة، قال أبو العباس: ويتوجه عدم الصحة من وجه في الإجارة، أي من وجه عدم صحة اشتراط الخيار في إجارة تلي العقد، ومن أن تلف المبيع يبطل الخيار.

(تنبيهان): (أحدهما): من شرط الخيار أن يكون معلوماً، فلا يصح مجهولاً على المشهور المعمول عليه من الروايتين، (والثانية) يصح وينقطع بانقطاع من له الخيار أو انقطاع مدته (ثم محل الخيار البيع) وما في معناه، إلا بيع بشرط القبض، كالصرف، والسلم، (وفي الإجارة)، لأنها بيع في الحقيقة، لا إجارة تلي العقد في وجه، (الثاني) قد تقدم عن يحيى بن حبان أن الذي كان يغبن هو جده منقذ بن عمرو، وقال جماعة: إنه والده حبان، وهو بفتح الحاء وبالموحدة «والآمّة» هي التي تصل إلى جلدة الدماغ كما سيأتي بيانها إن شاء اللَّه تعالى، «ولا خلابة» بكسر الخاء، أي لا خديعة، ومنه قولهم: «إذا لم تغلب فاخلب» وقوله: «لا خيابة» لأنه كان ألثغ، يبدل اللام ياء ورواه بعضهم: لا خيانة. بالنون وهو تصحيف، واللَّه أعلم.

قال رحمه اللَّه تعالى:

باب الربا والصرف وغير ذلك

ش: الربا مقصور، وأصله الزيادة، والمادة حيث تصرفت لذلك، قال اللَّه سبحانه: ﴿وَتَرَى ٱلۡأَرۡضَ هَامِدَةٗ فَإِذَآ أَنزَلۡنَا عَلَيۡهَا ٱلۡمَآءَ ٱهۡتَزَّتۡ وَرَبَتۡ﴾ [الحج: ٥] أي علت وارتفعت، وقال تعالى: ﴿أَن تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرۡبَىٰ مِنۡ أُمَّةٍۚ﴾ [النحل: ٩٢] أي أكثر عدداً، وقال تعالى: ﴿كَمَثَلِ جَنَّةِۭ بِرَبۡوَةٍ﴾ [البقرة: ٢٦٥] أي بمكان عال، وهو في الشرع: زيادة في شيء مخصوص.

والصرف بيع أحد النقدين بالآخر قيل: سمي بذلك من صريفهما وهو تصويتهما في الميزان، وقيل: لانصرافهما عن مقتضى البياعات، من عدم جواز التفرق قبل

القبض والبيع نساء.

«وغير ذلك» أي من حكم العيب إذا وجد في الصرف، وبيان العرايا، والربا نوعان ـ، قد شملهما كلام الخرقي ـ ربا الفضل، وربا النسيئة، وكلاهما محرم، وممنوع منه في الجملة، لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] إن لم نقل: إنها مجملة كما تقدم.

١٨٣١ ـ وعن أبي هريرة رضي اللَّه عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «اجتنبوا السبع الموبقات» قيل: يا رسول اللَّه وما هن؟ قال: «الإشراك باللَّه، والسحر، وقتل النفس التي حرم اللَّه إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»(١) متفق عليه.

١٨٣٢ ـ وعن ابن مسعود رضي اللَّه عنه، أن النبي ﷺ لعن آكل الربا، وموكله، وشاهديه، وكاتبه(٢)، رواه الخمسة، وصححه الترمذي، وأجمع المسلمون على تحريم ربا النسيئة تحريما لا ريب فيه، وعامتهم على تحريم ربا الفضل.

١٨٣٣ ـ ووقع خلاف في الصدر الأول عن أسامة بن زيد، وزيد بن أرقم، وابن الزبير، وابن عباس وعنه اشتهر.

١٨٣٤ ـ لما روى رضي اللَّه عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ربا إلا في النسيئة»(٣) رواه البخاري وقد أقر رضي اللَّه عنه لأبي سعيد أنه سمع ذلك من أسامة.

١٨٣٥ ـ وحديث أسامة في الصحيحين «الربا في النسيئة»(٤) وفي رواية «إنما الربا في النسيئة» وفي أخرى «لا ربا فيما كان يداً بيد» وهذه أصرحها، ثم قد صار إجماعاً، ورجع من تقدم إلى قول الجماعة، واختلف في رجوع ابن عباس، وبالجملة. يشهد لقول العامة إطلاق ما تقدم.

١٨٣٦ ـ وعن عبادة بن الصامت رضي اللَّه عنه، عن النبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد»(٥) رواه أحمد، ومسلم، وغيرهما.

١٨٣٧ ـ وعن أبي سعيد رضي اللَّه عنه، قال: قال رسول اللَّه ﷺ «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٧٦٦، ومسلم ٢/ ٨٢.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٣٣٣، والترمذي ١٢٢٢، وابن ماجه حديث ٢٢٧٧، وأحمد ١/ ٤٥٣.
(٣) أخرجه البخاري حديث ٢١٧٩، ومسلم ١١/ ٢٥.
(٤) انظر الحاشية السابقة.
(٥) أخرجه مسلم ١٢/ ١٣، وأبو داود حديث ٣٣٤٩، والنسائي ٧/ ٢٧٤، وأحمد ٥/ ٣١٤.

إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»[١] متفق عليه وفي رواية لأحمد والبخاري «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء».

١٨٣٨ ـ وفي الصحيح أيضاً هذا المعنى من حديث فضالة بن عبيد، وأبي بكرة رضي الله عنهما، وحديث أسامة لا يقاوم هذه، لكثرة رواتها، وصراحة دلالتها، إذ هي دلالة منطوق بلا ريب، ثم يحمل على أنه وقع جواباً لسؤال عن الجنسين من أموال الربا، أو مطلقاً، فقال: «لا ربا إلا في النسيئة» أي من المسؤول عنه وهو الجنسان، أو أن المراد نفي الربا الأغلظ الذي ورد نص القرآن في تحريمه بلا ريب، وهو الذي كانت العرب تعرفه، تقول للغريم إذا حل الدين: إما أن تقضي، وإما أن تربي في الدين، أي تزيد.

١٨٣٩ ـ وهو الذي نسخه النبي ﷺ يوم عرفة، وقال عنه: «ألا أن كل ربا موضوع، وإن أول ربا أضعه ربا عباس»[٢] وهذا كما يقال: إنما المال الإبل، وإنما الشجاع علي، ونحو ذلك، ثم لو قدر التعارض من كل وجه، فقد يقال: نسخ حديث أسامة أولى، لورود النسخ إذاً على مباح الأصل، لأن الشارع إنما منع من النساء، وبقي التفاضل على ما كان عليه.

(تنبيه): «لا تشفوا بعضها على بعض» أي لا يكون لأحدهما شفوف على الآخر، أي زيادة، و«الناجز» المعجل الحاضر، والله أعلم.

قال: وكل ما كيل أو وزن من سائر الأشياء فلا يجوز التفاضل فيه إذا كان جنساً واحداً.

ش: قد تقدم أن الإجماع قد انعقد على تحريم ربا الفضل في الجملة، وإن كان قد وقع في الصدر الأول خلاف، وأجمعوا على ذلك في الأعيان الستة المذكورة في حديث عبادة، ثم اختلفوا هل جرى الربا فيها لأعيانها أو لمعان فيها؟ فقال داود ومتابعوه: لأعيانها، فلا يتعدى الحكم إلى غيرها، وقال العامة: لمعان فيها، ثم اختلفوا هل عرف ذلك المعنى أم لا؟ فعن ابن عقيل في العمد أنه تردد في المعنى، ولم يتعد الستة، لتعارض الأدلة عنده في المعنى وتكافئها، ويحتمل هذا قول طاوس وقتادة، فإنه حكي عنهما القصر على الستة، ويحتمل أن قولهما كقول داود، وأن عندهما أن ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] عام، خرج منه الأعيان الستة، بقي ما عداها على مقتضى العموم، ولا يريان تخصيص العام بالقياس.

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٧٧، ومسلم ١١/٨.
(٢) أخرجه مسلم ٨/١٨٢، وأبو داود حديث ٣٣٣٤، وابن ماجه حديث ٣٠٥٥.

وجمهور أهل العلم على معرفة العلة، وتعديها إلى غير الستة، ثم اختلفوا فيها على سبعة أقوال، وعن إمامنا رحمه اللَّه من ذلك ثلاثة أقوال.

(أحدها): ـ وهو الأشهر عنه، ومختار عامة أصحابه، قال القاضي: اختارها الخرقي وشيوخ أصحابنا ـ أن العلة في الذهب والفضة كونهما موزوني جنس، والعلة في الأربعة الباقية كونهن مكيلات جنس، فيتعدى الحكم إلى كل موزون، ومكيل بيع بجنسه، كالحديد، والنحاس، والحبوب، والأبازير، وغير ذلك، دون ما لا يكال ولا يوزن من مطعوم وغيره.

١٨٤٠ ـ لما روي عن أبي سعيد، وأبي هريرة رضي اللَّه عنهما، أن رسول اللَّه ﷺ استعمل رجلاً على خيبر، فجاء بتمر جنيب، فقال: «أكل تمر خيبر هكذا؟» فقال: لا يا رسول اللَّه، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول اللَّه ﷺ: «لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً»(١) وقال في الميزان مثل ذلك، ولمسلم «وكذلك الميزان» متفق عليه فقوله: في الميزان أي في الموزون، وإلا فنفس الميزان ليس من أموال الربا.

١٨٤١ ـ وقال الإمام إسحاق بن راهويه: أخبرنا روح بن عبادة، حدثنا حيان بن عبيد اللَّه، وكان رجلاً صدوقاً ـ عن أبي مجلز، عن أبي سعيد الخدري رضي اللَّه عنه أن رسول اللَّه ﷺ قال: «التمر بالتمر» وذكر الحديث، إلى قوله: «فما زاد فهو ربا» قال: «وكذلك ما يكال وما يوزن» من قول أبي سعيد، قال: دل على ذلك قوله: قال: وكذلك ما يكال وما يوزن. وليس في هذا دليل، لاحتمال عود الضمير إلى النبي ﷺ، وهو الأصل، ويؤيده رواية البخاري السابقة: وقال في الميزان مثل ذلك.

١٨٤٢ ـ وعن الحسن عن أنس وعبادة، أن رسول اللَّه ﷺ قال: «ما وزن مثلاً بمثل، إذا كان نوعاً واحداً، وما كيل فمثل ذلك» رواه الدارقطني(٢).

١٨٤٣ ـ وعن ابن عمر رضي اللَّه عنهما قال: قال رسول اللَّه ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين، ولا الصاع بالصاعين، فإني أخاف عليكم الرماء» وهو الربا، فقام إليه رجل فقال: يا رسول اللَّه أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل؟ فقال: «لا بأس إذا كان يداً بيد» رواه أحمد(٣).

(والقول الثاني): أن العلة في الذهب والفضة الثَّمَنِيَّة، فلا يتعدى إلى غيرهما، والعلة في الأربعة الباقية كونهن مطعوم جنس.

١٨٤٤ ـ لما روى معمر بن عبد اللَّه أنه أرسل غلامه بصاع قمح، فقال: بعه ثم

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٢٠١، ومسلم ١١/ ٢٠.
(٢) سنن الدارقطني ٣/ ١٨.
(٣) المسند ٢/ ١٠٩.

اشتر به شعيراً، فذهب الغلام فأخذ صاعاً وزيادة بعض الصاع، فلما جاء معمراً أخبره بذلك، فقال له عمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق به فرده، وقال: لا تأخذ إلا مثلاً بمثل، فإني كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل» وكان طعامنا يومئذ الشعير، قيل له: فإنه ليس بمثله، قال: إني أخاف أن يضارع[1]، رواه مسلم والطعام يشمل كل مطعوم، ولأن الطعم وصف شريف، إذ به قوام الأبدان، وكذلك الثمنية، إذ بها قوام الأموال، فاقتضت الحكمة التعليل بهما.

(والقول الثالث): العلة في النقدين الثمنية، والعلة في الأربعة الباقية الطعم والتقدير في الجنس، فإن الأربعة مكيلة، غير أن المؤثر إنما هو التقدير المنضبط، فيدخل فيه الوزن، فيتعدى ذلك إلى كل مطعوم مقدر بكيل أو وزن بيع بجنسه، وهذا اختيار أبي محمد، نظراً إلى ما ذكرناه من أن هذه الأربعة مطعومة، والمماثلة إنما تعتبر بالمعيار الشرعي، وهو الكيل والوزن، وجمعاً بين الأحاديث، فنهيه عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل، يحمل على ما فيه معيار شرعي، وهو الكيل أو الوزن ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين ونحوه يحمل على المطعوم، توفيقاً بينهما.

ويرجح الأول بأن الطعام بعض أفراد الصاع بالصاعين ونحو ذلك، لما تقدم من أن المثلية لا تتحقق إلا بكيل أو وزن، وهو المدعى على القول الأول علة، ويجاب بمخالفته له في المفهوم، وهو مبني على اعتبار مفهوم اللقب، والمذهب اعتباره، ثم على اعتباره والحال هذه، وفيه وجهان، انتهى واتفق الكل على اعتبار الجنس في ربا الفضل، كما نص عليه الخرقي.

١٨٤٥ ـ إلا سعيد بن جبير، فإنه جعل الشيئين المتقارب نفعهما ـ الحنطة مع الشعير، والتمر مع الزبيب ـ كالجنس الواحد، وهو مردود بالنصوص السابقة.

(تنبيهات): «أحدها» على المذهب يجري الربا في كل مكيل، وإن لم يكن مطعوماً، كالأشنان ونحوه، وفي كل موزون، وإن لم يكن كذلك، كالحديد ونحوه، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن، كالبيض والماء ونحوهما، والمعتبر كون جنس ذلك مكيلاً أو موزوناً، وإن لم يأت فيه ذلك، إما لقلته، كتمرة، وحبة شعير ونحو ذلك، وإما لثقله، كالزبرة العظيمة من الحديد ونحوه، وإما للعادة كلحم الطير ونحوه، فلا يجوز بيع بعض ذلك ببعض إلا مثلاً بمثل، بمعياره الشرعي، وهو الكيل أو الوزن ويحتمل قول الخرقي جواز ذلك، لقوله: وكل ما كيل أو وزن. وهو محمول على ما جنسه الكيل أو الوزن، وهل يعم المعمول من الموزون بأصله، أو بحاله بعد العمل؟ نص أحمد في رواية: جماعة: أنه لا يباع فلس بفلسين، ولا سكين بسكينين، ولا إبرة بإبرتين، معللاً بأن أصل ذلك الوزن، ونص في رواية جماعة أنه لا بأس ببيع

(١) أخرجه مسلم ١١/١٩، وأحمد ٦/٤٠٠.

ثوب بثوبين، وكساء بكسائين، فنقل القاضي في المجرد إحدى المسألتين إلى الأخرى، فجعل فيهما جميعاً روايتين، والمنع اختيار جماعة منهم ابن عقيل في الفصول وغيره. اعتباراً بأصله، والجواز اختيار أبي محمد في المغني، نظراً للحال الراهنة، ومقتضى كلام القاضي في التعليق، وفي الجامع الصغير، حمل النص على اختلاف حالين، فإنه لما قال: يجري الربا في معمول الحديد ونحوه، وذكر نصه على ذلك، فأورد عليه النص الآخر في جواز ثوب بثوبين، فقال: هذا في ثياب لا ينبغي بها الوزن، أما الإبريسم ونحوه فإنه لا يجوز، ونحو هذا قول جماعة وهو أوجه فينظر في حاله بعد العمل، فإن قصد وزنه جرى فيه الربا، وإلا فلا، وأبو محمد في الكافي نظر إلى هذا المعني في الموزون، وقطع في منسوج القطن والكتان بأنه لا ربا فيه وأطلق، وصاحب التلخيص جعل الروايتين فيما لا يتعين وزنه بعد عمله، أما ما يقصد وزنه بعد عمله فجزم بوجوب التماثل فيه. انتهى. ثم إن صاحب التلخيص قال في الفلوس ـ بعد أن حكى فيها الروايتين ـ: وسواء كانت نافقة أو كاسدة، بيعت بأعيانها أو بغير أعيانها، وكذلك قال القاضي في الجامع الصغير، وابن عقيل، والشيرازي وغيرهم، وجزم أبو الخطاب في خلافه الصغير بأنها مع نفاقها لا تباع بمثلها إلا متماثلة، معللاً بأنها أثمان فأشبهت الدراهم والدنانير، ثم عقب ذلك بذكر الخلاف في معمول الحديد، وظاهر هذا أنها مع كسادها يجوز التفاضل فيها إن لم يعتبر الوزن، ويتلخص من ذلك أن الفلوس النافقة هل تجري مجرى الأثمان، فيجري الربا فيها، إن قلنا، العلة في النقدين الثمنية مطلقاً، وهو ظاهر ما حكاه عن أبي الخطاب في خلافه الصغير، أو لا تجري مجراها، نظراً إلى أن العلة ما هو ثمن غالباً، وذلك يخص الذهب والفضة، وهو قول أبي الخطاب في خلافه الكبير؟ على قولين، فعلى الثاني لا يجري الربا فيها إلا إذا اعتبرنا أصلها، وقلنا: العلة في النقدين الوزن، كالكاسدة، وعلى رواية الطعم والثمنية في النقدين يجري الربا في كل مطعوم قوتاً كان أو أدماً، أو فاكهة، أو دواء.

ويستثني من ذلك الماء، على ما قطع به القاضي في الجامع الصغير، وأبو محمد وصاحب التلخيص، والسامري، وغيرهم، مع أنه مطعوم، قال سبحانه: ﴿وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّيٓ﴾ [البقرة: ٢٤٩] وعلل ذلك صاحب التلخيص بأن أصله الإباحة، وهو منتقض بلحم الطير، وبالطين الأرمني ونحوهما، وبأنه مما لا يتمول، وهو مردود، بأن العلة عندنا ليست المالية، والقياس جريان الربا فيه على هذه الرواية، وهو ظاهر ما في خلاف أبي الخطاب الصغير.

والمعتبر الطعم للآدميين لا لغيرهم، فلا يجري الربا في التبن ونحوه على مقتضى كلام أبي محمد، ويجري الربا في الذهب والفضة، تبرهما ومضروبهما، وكيف ما كانا، على المشهور، وعنه أنه منع من بيع الصحاح بالمكسرة، ولا عمل عليه، لظواهر النصوص، وهل يجري الربا في الفلوس النافقة؟ فيه تردد تقدم، وعلى رواية

اعتبار الطعم مع الكيل أو الوزن لا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن، كالتفاح، والرمان، والسفرجل، والخوخ، والكمثري، والإجاص، والجوز، والأترج، والخيار والبيض، ونحو ذلك، ولا في غير مطعوم، كالأشنان، والحديد والرصاص، ونحو ذلك.

(التنبيه الثاني): قول أحمد: لا تباع سكين بسكينتين. محمول على ما إذا اختلف الوزنان، أما إن اتحدا جاز، إذ العبرة به لا بالعدد.

(الثالث): «سائر» استعملها الخرقي هنا، وفي قوله ـ بعد ـ وسائر اللحمان جنس واحد. وفي مواضع بمعنى «جميع» وهو خلاف اللغة المشهورة، حتى أن بعضهم أنكر ذلك، وقد استعمل الخرقي رحمه اللّه اللغة المشهورة أيضاً في الغسل، في قوله: ثم يفيض الماء على سائر جسده. وكذلك في باب المصراة.

١٨٤٦ ـ وهي التي نطق بها النبي ﷺ في قوله لغيلان بن سلمة «أمسك أربعاً، وفارق سائرهن»(١) وعلى هذا هي مأخوذة من السؤر، وهو البقية، وعلى الأول من سور البلد، وهو ما أحاط به، «والتمر الجنيب» بفتح الجيم وكسر النون، وآخره باء موحدة، نوع من جيد التمر، «والجمع» بفتح الجيم، وسكون الميم، تمر مختلف، من أنواع متفرقة، غير مرغوب فيه للاختلاط، إذ ما يخلط إلا لرداءته «والرماء» بفتح الراء مخففاً ممدوداً، لغة في الربا، «ويضارع» أي يشابه «وأبي مجلز» بكسر الميم، وسكون الجيم، وآخره زاي، «وحيان» بحاء مهملة مفتوحة، وبعدها ياء مشددة، مثناة من تحت، واللّه أعلم.

قال: وما كان من جنسين جاز التفاضل فيه يداً بيد، ولا يجوز نسيئة.

ش: قد تقدم أن شرط جريان ربا الفضل الجنس عند العامة، فإذا عدم الجنس امتنع ربا الفضل، وجرى ربا النسيئة، إن اجتمع الجنسان في علة واحدة، كمكيل بمكيل، وموزون بموزون، ومطعوم بمطعوم، إن علل بالطعم، وذلك لما تقدم من حديث عبادة، وأبي سعيد «يداً بيد» وفي حديث أبي سعيد «ولا تبيعوا منها غائباً بناجز».

وإن اختلفا في العلة ـ كمكيل مع موزون ـ فروايتان، (إحداهما) ـ وهي ظاهر كلام الخرقي ـ جريانه أيضاً، لحديث عبادة المتقدم «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد» (والثانية) لا يجري، لأنهما لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل، فأشبه الثياب، والحيوان، كما سيأتي.

ويستثنى مما تقدم إذا كان أحد العوضين ثمناً والآخر مثمناً، فإنه يجوز النساء بغير خلاف نعلمه، وإن اتحدا في الوزنية، لئلا ينسد باب السلم في الموزونات.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٥٨٦.

وقول الخرقي: يداً بيد. يقتضي وجوب التقابض في الجنسين من مالي الربا، إذا بيع أحدهما بالآخر، ولا نزاع عندنا فيما نعلمه في ذلك، إن كانت العلة واحدة، لما تقدم من حديثي عبادة، وأبي سعيد.

١٨٤٧ ـ وعن عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه قال: قال رسول اللّه ﷺ «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»[١] متفق عليه أي: إلا هاك وهات. كذا فهمه عمر رضي اللّه عنه.

١٨٤٨ ـ ففي الموطأ[٢]: قال مالك بن أوس بن الحدثان النصري: أنه التمس صرفاً بمائة دينار، قال: فدعاني طلحة بن عبيد اللّه، فتراوضنا حتى اصطرف مني، وأخذ الذهب يقلبها في يده، ثم قال: حتى يأتيني خازني من الغابة، وعمر بن الخطاب يسمع، فقال: واللّه لا تفارقه حتى تأخذ منه، ثم قال: قال رسول اللّه ﷺ. وذكر الحديث، وهذا يمنع تأويل من ادعى أن «يداً بيد» أي لا يكون نسيئة انتهى.

أما إن اختلفت العلة فظاهر إطلاق الخرقي وجوب التقابض أيضاً، وصرح بذلك ابن عبدوس على رواية منع النساء التي هي أيضاً ظاهر كلام الخرقي، وهو ظاهر حديث عبادة المتقدم، والمعروف عند كثير من المتأخرين ـ حتى أن أبا الخطاب قال: إنه رواية واحدة ـ جواز التفرقة قبل القبض، وإن منعنا النساء، وحيث أوجبنا التقابض فتفرقا قبله بطل العقد.

(تنبيه): «هاء وهاء» بالمد، وفتح الهمزة، وفيه أربع لغات هذه إحداهن، وفيها لغتان (إحداهما) أنها تقال بلفظ واحد مطلقاً، (وثانيتهما) تلحق بها العلامات المفرقة، فللمذكر «ها» وللمؤنث «هات» وللاثنين «هاءآ» وللجميع «هاؤا» كالحال في «هاؤم» (اللغة الثانية) في الأربع «هأ» بالقصر والهمزة الساكنة على وزن «خف» وفيها اللغتان المتقدمتان، فعلى التفريق للمذكر «هأ» كخف وللمؤنث «هائي» كخافي، وللاثنين «هاآ» كخافا، وللجمع «هاؤا» كخافوا (اللغة الثالثة) «هاء» بالمد، وكسر الهمزة، بلفظ واحد مطلقاً، غير أنهم زادوا ياء مع المؤنث، فقالوا: هائي. (الرابعة) بالقصر وترك الهمزة، حكاها بعض اللغويين، وأنكرها أكثرهم، حتى أن الخطابي خطأ من روى من المحدثين كذلك، ومعنى «هاء وهاء»: خذ وهات في الحال، كما قيل: يداً بيد. «وتراوضنا» تجارينا، واللّه أعلم.

قال: وما كان مما لا يكال ولا يوزن فجائز التفاضل فيه يداً بيد، ولا يجوز نسيئه.

ش: قد علم من ترجمة هذه المسألة أن وضع المسألة السابقة فيما كان مكيلاً أو

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٣٤، ومسلم ١١/١١.
(٢) الموطأ ٢/١٣٧.

موزوناً، وهذا والله أعلم الذي أحوج الخرقي إلى فصل المسألتين، ليفصل مسألة الوفاق من مسألة الخلاف، وإلا فحكم المسألتين عنده واحد.

إذا عرف هذا فقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما إذا انتفت علة ربا الفضل، هل يجوز النساء؟ على أربع روايات (إحداهن) ـ وهي اختيار القاضي وأبي الخطاب، وابن عبدوس، وأبي محمد، وغيرهم ـ يجوز.

١٨٤٩ ـ لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص، أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً، فنفذت الإبل، فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة[١]، رواه أحمد، وأبو داود، والدارقطني وصححه.

١٨٥٠ ـ وعن علي رضي الله عنه أنه باع جملاً له يسمى عصيفيرا بعشرين بعيراً إلى أجل، رواه مالك في موطئه[٢]، والشافعي في مسنده.

١٨٥١ ـ وعن ابن عمر، ورافع بن خديج نحوه، ذكر ذلك البخاري وغيره. (والثانية) ـ واختارها ابن أبي موسى، وأبو بكر، والخرقي فيما قاله القاضي، وأبو الخطاب وغيرهما ـ لا يجوز.

١٨٥٢ ـ لما روى الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[٣]، رواه الخمسة وصححه الترمذي.

١٨٥٣ ـ وقد روي من حديث جابر بن سمرة رواه عبد الله بن أحمد، ومن رواية ابن عباس، رواه البزار، ومن رواية ابن عمر رضي الله عنهم جميعاً وهو يشمل بعمومه الجنس والجنسين، ولا يضر التكلم في بعضها، إذ الحجية تحصل بمجموعها، لتقوي بعضها ببعض، مع أن الترمذي قد صحح الأول، وأحمد احتج به في رواية ابن إبراهيم، وحديث عبد الله بن عمرو قضية عين، فلعل ذلك كان في بدء الإسلام، قبل نزول تحريم الربا، أو كانت المعاملة مع أهل الحرب، جمعاً بين الأدلة.

ومن نصر الأول رجحه بفعل الصحابة، وطعن في الأحاديث بأن أحمد قال: ليس فيها حديث يعتمد عليه، ويعجبني أن يتوقاه، وقال في حديث ابن عمر وابن عباس: إنهما مرسلان، وإن الحسن لا يصح سماعه من سمرة، ولا يخفى أن مثل هذا الطعن لا يسقط الحجية، لما تقرر من أن المرسل حجة عندنا، بل وعند العامة في مثل هذا الموطن لاعتضاده بحديث آخر، وبمرسل آخر، فعلى هذه الرواية لو باع عرضاً بعرض، ومع أحدهما دراهم، العروض نقداً، والدراهم نسيئة جاز، إذ لا نساء بين

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٣٥٧، وأحمد ٢/ ١٧١، والدارقطني ٣/ ٦٩.

(٢) الموطأ ٢/ ١٤٨.

(٣) أخرجه أبو داود حديث ٣٣٥٦، والترمذي ١٢٥٤، والنسائي ٧/ ٢٩٢، وابن ماجه حديث ٢٢٧٠، وأحمد ٥/ ١٩، ٢١.

الثمن والمثمن، ولو كانت الدراهم نقداً، والعرضان أو أحدهما نسيئة لم يجز، حذاراً من النسيئة في العروض، نص عليه أحمد، وقاله القاضي وغيره (والرواية الثالثة) يحرم في الجنس الواحد، ولا يحرم في الجنسين لأن الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل، فمنع النساء كالكيل والوزن، ويحمل حديث سمرة بن جندب ونحوه على ذلك، وهو مردود بأن الجنس شرط الجريان ربا الفضل أو محل في ذلك، لا وصف في العلة، والحمل على ما ذكر فيه تعسف (والرابعة) يحرم في الجنس الواحد متفاضلاً لا متماثلاً، ولا في الجنسين.

١٨٥٤ ـ لما روى جابر رضي اللَّه عنه أن رسول اللَّه ﷺ قال «لا يصلح الحيوان بالحيوان اثنان بواحد نسيئة، ولا بأس به يداً بيد» رواه الترمذي وحسنه، ومفهومه جواز الواحد بالواحد، لكنه من رواية الحجاج بن أرطاة، وقد قال أحمد: زاد فيه «نساء» وليث ابن سعد سمعه من أبي الزبير، لا يذكر فيه «نساء» قال أبو محمد: ويحتمل أن الخرقي أراد هذه الرواية، قلت: وعلى هذا يكون تقدير الكلام: وما كان مما لا يكال ولا يوزن، فجائز التفاضل فيه يداً بيد، إذا كان جنساً واحداً، ولا يجوز نسيئة، وعلى ما قال الجماعة أنه اختيار الخرقي التقدير في الثاني: أي ولا يجوز بيعه نسيئة، ويحتمل كلام الخرقي منع النساء مع التفاضل مطلقاً، والتقدير إذاً: ولا يجوز التفاضل فيه نيسئة، وهذا يرجحه أن في اللفظ ما يدل عليه وهو ذكر التفاضل، ويبعده ما تقدم في صدر المسألة.

(تنبيه): «القلائص» جمع قلوص، وقد تقدم في أول الكتاب، «والراحلة» اسم للجمل والناقة إذا كانا قويين على الأحمال والأسفار «ونفذت الإبل» أي فنيت، واللَّه أعلم.

قال: ولا يباع شيء من الرطب بيابس من جنسه إلا العرايا.

ش: الألف واللام في الرطب لمعهود ذهني، وهو رطب يجري فيه الربا، كالرطب والعنب، فلا يباع الأول بالتمر، ولا الثاني بالزبيب، متماثلاً ولا متفاضلاً.

١٨٥٥ ـ لما روي عن ابن عمر رضي اللَّه عنهما قال: نهى رسول اللَّه ﷺ أن يبيع الرجل تمر حائطه إن كان نخلاً بتمر كيلاً، وإن كان كرماً أن يبيعه بزبيب كيلاً، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعام، نهى عن ذلك كله[1]، متفق عليه.

١٨٥٦ ـ وعن سعد بن أبي وقاص رضي اللَّه عنه قال: سمعت النبي ﷺ يسأل عن اشتراء التمر بالرطب؟ فقال لمن حوله «أينقص الرطب إذا يبس؟» قالوا: نعم. فنهى عن ذلك[2]، رواه الخمسة، وصححه الترمذي، وهذا السؤال إرشاد للعلة، وهي

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٨٥، ومسلم ١٠/ ١٨٧.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٣٥٩، والترمذي ١٢٤٣، والنسائي ٧/ ٢٦٨، وابن ماجه حديث ٢٢٦٤، وأحمد ١/ ١٧٥.

النقص في ثاني الحال، أو انفراد أحدهما بالنقص، سؤال تقرير وتنبيه، لا استفهام حقيقي، لعلمه بذلك.

واستثنى الخرقي العرايا، وسيأتي ذلك إن شاء اللّه، ومفهوم كلامه جواز بيع الرطب بالرطب، ويأتي أيضاً إن شاء اللّه تعالى، واللّه أعلم.

قال: ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً، ولا ما أصله الوزن كيلاً.

ش: المساواة المعتبرة فيما يحرم فيه التفاضل هي المساواة في معياره الشرعي، وهو الكيل في المكيل، والوزن في الموزون، فلا يباع المكيل بجنسه، إلا كيلاً، ولا الموزون بجنسه إلا وزناً، إلا إذا علم مساواته في معياره الشرعي.

١٨٥٧ ـ لما روى أبو هريرة رضي اللّه عنه قال: قال رسول اللّه ﷺ: «الذهب بالذهب وزناً بوزن، مثلاً بمثل، والفضة بالفضة، وزناً بوزن، مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فهو ربا»[١] رواه مسلم.

١٨٥٨ ـ وفي حديث عبادة في رواية أبي داود أن رسول اللّه ﷺ قال: «الذهب بالذهب تبرها وعينها، والفضة بالفضة تبرها وعينها، والبر بالبر مدي بمدي، والشعير بالشعير مدي بمدي، والتمر بالتمر مدي بمدي، والملح بالملح مدي بمدي، فمن زاد أو ازداد فقد أربى»[٢] فاعتبر في الموزون الوزن، وفي المكيل الكيل، فمن خالف ذلك خرج عن المشروع المأمور به.

١٨٥٩ ـ وإذاً يدخل تحت قوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[٣] نعم لا يعتبر كيل جرت العادة به، بل يجوز التعديل بإناء لم تجر العادة بالكيل به، كما يجوز بالوضع في كفتي الميزان، ذكره في التلخيص.

ومفهوم كلام الخرقي جواز بيع المكيل بمكيل من غير جنسه وزناً، وبيع الموزون بموزون من غير جنسه كيلاً، وهو كذلك لحديث عبادة «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم».

١٨٦٠ ـ وفي الصحيح من حديث أبي بكرة رضي اللّه عنه: وأمرنا أن نشتري الفضة بالذهب كيف شئنا، ونشتري الذهب بالفضة كيف شئنا[٤]، متفق عليه، ومن ثم اختار الشيخان وابن عقيل، وصاحب التلخيص، وغيرهم جواز بيع المكيل بالمكيل جزافاً، وبيع الموزون بالموزون جزافاً، ومنع ذلك ابن أبي موسى، والقاضي في المجرد، والشريف، وغيرهم ونص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وغيره.

---

(١) أخرجه مسلم ١١/ ١٥، والنسائي ٧/ ٢٧٦.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٣٤٩.
(٣) أخرجه البخاري ٢٦٩٧، ومسلم ١٢/ ١٦.
(٤) أخرجه البخاري حديث ٢١٨٢، ومسلم ١١/ ١٦.

١٨٦١ ـ لنهيه ﷺ عن بيع الطعام بالطعام مجازفة، وهو محمول على الجنس الواحد، جمعاً بين الأدلة.

(تنبيه): المرجع في الكيل إلى مكيال أهل المدينة، وفي الوزن إلى ميزان أهل مكة، في زمن النبي ﷺ.

١٨٦٢ ـ لما روى ابن عمر أن رسول اللَّه ﷺ قال ﷺ: «الوزن وزن أهل مكة، والمكيال مكيال أهل المدينة» رواه النسائي(١).

١٨٦٣ ـ وهو لأبي داود من حديث ابن عباس رضي اللَّه عنهما، وما لا عرف له بهما فهل يعتبر عرفه في موضعه، أو يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز؟ فيه احتمالان حكاهما القاضي في التعليق ومن بعده، وما لا أصل له بالحجاز في كيل ولا وزن، ولا له شبهه بما جرى فيه العرف، كالثياب، والحيوان، والمعدود من الجوز، والبيض، والرمان، والقثاء، والخيار، والخضروات، والبقول، والسفرجل، والكمثري، والخوخ ونحو ذلك، فإذا اعتبر التماثل فيه اعتبر بالوزن، لأنه أضبط، قاله أبو محمد، وكذلك ذكر القاضي في الفواكه الرطبة.

إذا عرف هذا فالبر والشعير مكيلان بالنص قال أبو محمد: وكذلك سائر الحبوب، والأبازير، والأشنان، والجص، والنورة ونحوها، وسائر ما تجب فيه الزكاة كالزبيب، والفستق، والبندق، والعنب، والمشمش، والبطم، والزيتون، واللوز.

والملح مكيل بالنص، والذهب والفضة موزونان، قال أبو محمد: وكذلك ما أشبههما من جواهر الأرض كالحديد، والرصاص، والصفر والنحاس، والزجاج والزئبق، وكذلك الإبرسيم، والقطن والصوف والكتان، وغير ذلك وكذلك الخبز واللحم، والشحم، والزبد، والجبن، وكذا الشمع وما أشبهه وكذلك الزعفران، والعصفر، والورس.

والدقيق، والسويق مكيلان عند أبي محمد، نظراً لأصلهما، وجوز القاضي بيعهما بالوزن كالخبز، أما المائعات كاللبن، والأدهان، من الزيت، والشيرج، والعسل، والدبس، فقال أبو محمد: الظاهر أنها مكيلة، وكذا قال القاضي في الأدهان أنها مكيلة، وقال في اللبن: يصح السلم فيه كيلاً، وعن أحمد أنه سئل عن السلف في اللبن، فقال: نعم كيلاً أو وزناً. واللَّه أعلم.

قال: والتمور كلها جنس واحد، وإن اختلفت أنواعها.

ش: الجنس هو الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها، والنوع هو الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها، والمراد هنا الجنس الأخص، والنوع الأخص، إذ قد يكون الشيء

(١) المجتبى ٧/ ٢٨٤.

جنساً بالنسبة إلى ما تحته، ونوعاً بالنسبة إلى ما فوقه، وكالإنسان فإنه جنس بالنسبة إلى الزنجي، والتركي، وغير ذلك، ونوعاً بالنسبة إلى الحيوان، والمعتبر هنا الإتفاق في الاسم الخاص من أصل الخلقة، كالحنطة والتمر وغيرهما، لأن النبي ﷺ اعتبر التمر بالتمر، والبر بالبر وأطلق، بل ومنع من بيع الجنيب بالجمع متفاضلاً كما تقدم.

إذا عرف هذا فالأدقة والأدهان تختلف باختلاف أصولها، فدقيق الحنطة والشعير والفول أجناس، كما أن أصولها كذلك، والزيت، والشيرج، ودهن بزر الكتان، ودهن السمك، ونحو ذلك أجناس كأصولهن، ودهن الورد، ودهن البنفسج ونحوهما جنس، إن كان أصلهما واحداً، والخلول أجناس من المذهب كأصولها، (وعنه) أن خل العنب والتمر في حكم الجنس الواحد، وفي التلخيص وجه أن الخلول كلها جنس واحد ولا معول عليهما، أما على المذهب فيجوز بيع خل العنب بخل التمر متماثلاً ومتفاضلاً، وخل التمر بخل التمر متماثلاً لا متفاضلاً، ويغتفر ما فيهما من الماء، لأنه غير مقصود للمصلحة، أما خل العنب بخل الزيت فالمنصوص - وقاله القاضي وغيره - منع بيع أحدهما بالآخر مطلقاً، لانفراد أحدهما بالماء، فأشبها تمرين في أحدهما نواه، والآخر نزع منه والله أعلم.

قال: والبر والشعير جنسان.

ش: هذا على المذهب المنصوص بلا ريب، لحديث عبادة «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم» وللنسائي وأبي داود فيه: وأمرنا أن نبيع البر بالشعير، والشعير بالبر، يداً بيد، كيف شئنا؛ (وعنه) ما يدل على أنهما جنس واحد، قال: الحنطة والشعير والسلت صنف، وقال: يكره أن يبيع الحنطة بالشعير اثنين بواحد؛ لما تقدم عن معمر بن عبد الله، وهو محمول على التورع، كما أشار هو إليه فقال: أخاف أن يضارع. أي يشابه، ثم مع النص السابق لا يعرج على غيره، والله أعلم.

قال: وسائر اللحمان جنس واحد.

ش: هذا إحدى الروايات عن أحمد رحمه الله (والثانية) أنها أجناس باختلاف أصولها، اختارها أبو بكر، والقاضي في تعليقه، وأبو الحسين، وأبو الخطاب في خلافه، وابن عقيل، وأبو محمد ومبناهما - والله أعلم - على أن الاعتبار - هل هو بحال جريان الربا فيه، وهو إذاً يشمله اسم واحد، ويرجحه نهيه عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل، وهي كلها طعام، أو باعتبار أصوله، وأصوله مختلفة، وينقض الأول بعسل النحل، وعسل القصب، والحديث محمول على ما إذا اتفق الجنس، بدليل ما تقدم (والثالثة) أنها أربعة أجناس، لحم الأنعام جنس، ولحم الوحش جنس، ولحم الطير جنس، ولحم دواب الماء جنس، وهي اختيار القاضي في روايتيه، وحمل كلام الخرقي على ذلك، لأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها، والقصد إليها، فجعل كل واحد جنساً، نظراً لذلك، فعلى الثانية لحم الإبل كله جنس واحد، وكذلك البقر،

وكذلك الغنم على المشهور، ولأبي محمد احتمال بأنهما جنسان، ضأن ومعز، لتفريقه سبحانه بينهما حيث قال: ﴿مِّنَ ٱلضَّأْنِ ٱثْنَيْنِ وَمِنَ ٱلْمَعْزِ ٱثْنَيْنِ﴾ [الأنعام: ١٤٣] وكل ما له اسم يخصه من الوحش والطير جنس.

(تنبيهات) «أحدها» اللبن، والشحم، والأكبدة، والأطلحة، والرئات، والجلود، والأصواف، والعظام، والرؤوس، والأكارع، ونحو ذلك مما اشتمل عليه اللحم، فيجري فيهن ما يجري فيه من الخلاف، وكذلك مقلو البيض، لصيرورته موزوناً، أما قبل ذلك فهو معدود، فلا يجري فيه الربا على المذهب.

(الثاني) اللحم والشحم جنسان على المشهور، فيخرج بيع أحدهما بالآخر متماثلاً ومتفاضلاً، وعن القاضي منع بيع أحدهما بالآخر مطلقاً.

(الثالث) اللحم الأبيض ـ كسمين الظهر ـ والأحمر جنس واحد على الأشهر، قاله القاضي، وابن البنا، وغيرهما، وقال أبو محمد: إن ظاهر كلام الخرقي أنهما جنسان، لقوله: إن اللحم لا يخلو من شحم، قال: ولو لم يكن هذا شحماً لم يختلط لحم بشحم، وفرع على قوله أن كل أبيض في الحيوان يصير دهناً جنس واحد، واختار ذلك في المغني، وبنى على ذلك أن الألية والشحم جنس، والمشهور عند الأصحاب أنهما جنسان، وهو الذي قاله في المقنع.

(الرابع) هل لحم رأس شيء جنس برأسه كالقلب ونحوه، أو نوع من لحم جنسه؟ فيه وجهان.

(الخامس) هل يجوز بيع اللبن باللبأ؟ فيه وجهان، حكاهما ابن البنا، وعن القاضي أنه خصهما بما إذا مست النار أحدهما، وعند أبي محمد والسامري أنهما جنس واحد، يجوز بيع أحدهما، وعلى ما إذا مست النار أحدهما حمل السامري وجه منع ابن البنا، والله أعلم.

قال: ولا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً، ويجوز إذا تناهى جفافه مثلاً بمثل.

ش: لا إشكال في جواز بيع ما كان رطباً، عند تناهي جفافه، من التمر، واللحوم، وغيرهما بمثله، واختلف في بيع كل رطب بمثله رطباً، فعنه المنع مطلقاً، حكاه ابن الزاغوني، واختاره أبو حفص العكبري، وحمل كلام الخرقي عليه، لنصه عليه في اللحم، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر، مشيراً للتعليل بالنقص، وهذا موجود في الرطبين، لأنهما ينقصان، يحققه أن الجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل في باب الربا.

١٨٦٤ ـ بدليل نهيه عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر[1]، رواه مسلم، وهنا يجهل التساوي في ثاني الحال، وذهب جمهور الأصحاب

---

(١) أخرجه مسلم ١٠/ ١٧٢، والنسائي ٧/ ٢٧٩.

ـ القاضي، وأبو الخطاب، والشيخان وغيرهم، وهو مقتضى مفهوم كلام الخرقي السابق، ونص عليه أحمد في الرطب بالرطب ـ إلى الجواز، لنهيه عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل، والرطبان إذا بيعا مثلاً بمثل قد استويا في المثلية، فدخلا في عموم المستثنى، ولأنهما استويا في الحال، على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص، فأشبها اللبن باللبن، وخرج بيع الرطب بالتمر، لانفراد أحدهما بالنقص واشتراط عدم الجهل بالتساوي في ثاني الحال لا نسلمه، بل المشترط عدمه في الحال، فكان مناط المسألة ـ والله أعلم ـ التساوي، هل يشترط في الحال ولا يضر الجهل به في ثاني الحال، أو يشترط حالاً ومآلاً؟ على قولين، إلا أنه استثنى على الثاني بيع رطب لا يجيء منه تمر، وعنب لا يجيء منه زبيب، فإنه يجوز بيعه بمثله قبل جفافه، نظراً إلى أن كمال ذلك في حال رطوبته، وفساده في حال جفافه، قاله في التلخيص.

(تنبيه): اشترط القاضي والأكثرون في بيع اللحم بمثله نزع العظم، لتتحقق المساواة المعتبرة شرعاً، وكالعسل بالعسل، لا يباع إلا بعد التصفية، ومال أبو محمد إلى عدم اشتراط ذلك، وذكر أنه ظاهر كلام الإمام، وعلله بأن العظم تابع من أصل الخلقة، فأشبه النوى في التمر، وخرج الشمع في العسل، لأنه من فعل النحل.

قال: ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان.

ش: لا نزاع عندنا فيما نعلمه أنه لا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه، كبيع لحم بقر ببقر، ونحو ذلك.

١٨٦٥ ـ لما روي عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه، أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان، رواه مالك في الموطأ[١]، وأبو داود في المراسيل.

١٨٦٦ ـ وعنه أيضاً أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحي بالميت. احتج به أحمد، ورواه أبو داود في المراسيل أيضاً، وناهيك بمراسيل سعيد، مع أن الأول قد أسند من حديث ثابت بن زهير، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ إلا أن ثابتاً منكر الحديث، قاله أبو حاتم الرازي.

١٨٦٧ ـ وقال أبو الزناد: كل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان. ولأنه مال ربوي، بيع بما فيه من جنسه، مع جهالة المقدار، أشبه السمسم بالشيرج، والزيتون بالزيت ونحو ذلك.

واختلف في بيع اللحم بحيوان من غير جنسه، كلحم بقر بإبل، وظاهر كلام أحمد والخرقي، وأبي بكر، وابن أبي موسى، والقاضي في تعليقه، وجامعه الصغير، وأبي الخطاب في خلافه الصغير، وغيرهم، أنه لا يجوز، نظراً لإطلاق ما تقدم.

١٨٦٨ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن جزوراً نحرت، فجاء رجل بعناق،

(١) الموطأ ٢/ ٦٥٥.

فقال أعطوني جزءاً بهذا العناق. فقال أبو بكر رضي اللَّه عنه: لا يصلح هذا. رواه الشافعي، وقال: لا أعلم مخالفاً لأبي بكر في ذلك.

واختار القاضي ـ فيما حكاه عنه أبو محمد ـ الجواز، لأنه مال ربوي بيع بغير أصله ولا جنسه فجاز، كما لو باعه بذهب أو فضة، وبعض المتأخرين بنى القولين على الخلاف في اللحم، هل هو جنس من أجناس،؟ وصرح أبو الخطاب في الانتصار بأنهما على القول بأنه أجناس، وهو الصواب، ولهذا اختلف في بيع اللحم بحيوان لا يؤكل، كعبد وحمار ونحوهما، قال أبو الخطاب: ولا رواية في ذلك، فيحتمل وجهين. والجواز صرح به في خلافه الصغير، وكذا شيخه في التعليق، وابن الزاغوني، وهو ظاهر كلام أبي جعفر، وشيخه في الجامع الصغير، والمنع أورده ابن عقيل في التذكرة مذهباً، وهو احتمال له في الفصول، والصحيح عنده فيه كقول الأكثرين، ولم يطلع أبو محمد على المسألة صريحاً، فقال: ظاهر كلام الأصحاب الجواز. واللَّه أعلم.

قال: وإذا اشترى ذهباً بورق عيناً بعين، فوجد أحدهما فيما اشترى عيباً فله الخيار بين أن يرد أو يقبل، ويأخذ قدر ما نقص بالعيب، إذا كان بصرف يومه، وكان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه.

ش: لما فرغ الخرقي رحمه اللَّه من بيان الربا، شرع يتكلم في الصرف، ومعنى العين بالعين أن يقول: بعتك هذه الدراهم بهذه الدنانير، ونحو ذلك، فإذا وقع العقد كذلك، فوجد أحدهما بما اشتراه عيباً فله حالتان، (إحداهما) أن يكون من غير جنس المعقود عليه، كالرصاص في الفضة، ونحو ذلك، فهنا يبطل العقد على المذهب، كما سيأتي إن شاء اللَّه تعالى، (الثانية) أن يكون العيب من جنس المعقود عليه، كالسواد في الفضة، ونحو ذلك، وهذا الذي ذكره الخرقي هنا، ولا بد من بنائه على أصل، وهو أن النقود هل تتعين بالتعيين أم لا؟ فإن قلنا: لا تتعين، فحكم ذلك حكم التصارف في الذمة كما سيأتي إن شاء اللَّه تعالى، وإن قلنا: تتعين ـ وهو المذهب، وعليه بنى الخرقي كلامه ـ فلواجد العيب ـ والحال ما تقدم ـ الخيار بين الرد والإمساك بلا خلاف نعلمه، كغير الذهب والفضة من المبيعات، فإن اختار الرد بطل العقد، ولم يكن له أخذ البدل، كما لو كان المبيع عرضاً، لأن البيع تعلق بعينه، فيفوت بفواته، وإن اختار الإمساك فله ذلك بلا نزاع نعلمه أيضاً، وله مع ذلك أخذ ما نقص المبيع بالعيب في الجملة، وعلى المذهب المجزوم به عند الشيخين، وصاحب التلخيص، والسامري، وهو جار على قاعدة المذهب في سائر المبيعات، من جواز أخذ الأرش مع القدرة على الرد.

وظاهر ما أورده أبو الخطاب في الهداية مذهباً ـ وأحد نسخ الخرقي ـ أنه لا يجوز أخذ الأرض مطلقاً، لأن ذلك زيادة على ما وقع عليه العقد، وهذا قد يتوجه من

جهة الدليل، وهو قياس الرواية الضعيفة في سائر المبيعات، لأنه لا أرش مع القدرة على الرد، فعلى الأول لا يجوز أخذ الأرض في الجنس الواحد مطلقاً، كفضة بفضة، حذاراً من فوات المماثلة المشترطة.

وعن القاضي أنه خرج وجهاً بالجواز في المجلس، نظراً أن الزيادة طرأت بعد العقد، وأبو الخطاب في الهداية يخرج قولاً بجواز أخذ الأرش، ويطلق، ويدخل في كلامه الجنس والجنسان، وفي المجلس وبعده، وابن عقيل يحكي ذلك رواية في صورة تلف أحد العوضين، ووجهه جعل الصنعة مقومة ـ فإنه لا يجوز أخذ عوضها مع اتحاد الجنس بلا ريب، بل يمنع على هذا القول من بيع الصحاح بالمكسرة ونحو ذلك، وأما قول القاضي فقد رده أبو محمد بأن الأرش من العوض، بدليل أنه يخبر به في المرابحة، ويأخذ به الشفيع، وقوله: إن الأرش من العوض. ليس بجيد، كما سيأتي، مع أن هذا القول لا وجه له، لأن الأرش في المعيب عوض عن جزء من مقابله، وهو الصحيح، إذ الثمن يتقسم على المثمن، فالعيب لم يقابله شيء فيرجع بقسطه، فلو جاز أخذ الأرش في الجنس الواحد لكان صاحب الدينار الصحيح دفع ديناراً إلا جزءاً ـ وهو الأرض الذي أخذه في مقابلة العيب ـ وأخذ ديناراً معيباً، وإنه عين الربا، انتهى.

ويجوز في الجنسين مطلقاً، أعني قبل المجلس وبعده، على ظاهر إطلاق الخرقي، وصاحب التلخيص، وأبي البركات، والسامري، وهو الصواب، الذي لا ينبغي على المذهب غيره، لما تقدم من أن الأرض عوض عن الجزء الفائت من الثمن، فالدافع لأرش دينار ظهر معيباً بيع بعشرة دراهم، إنما يدفعه عوضاً عن جزء من العشرة دراهم تبيناً عدم استحقاقه، وإذاً فالعوضان في الصرف قد قبضا بكمالهما، ومع أحدهما زيادة تبيناً عدم استحقاقه لها.

وفصل أبو محمد فقال: إن كانا في المجلس جاز أخذ الأرش، إذ قصاراه تأخر قبض بعد عوض الصرف عن بعض، وإنه جائز ما داما في المجلس، وإن تفرقا لم يجز، حذاراً من التفرق قبل قبض بعض الصرف، إلا أن يجعلا أرش الفضة مثلاً ثوباً، نحو ذلك فيجوز، لعدم اشتراط القبض لذلك، وهذا منه يقتضي أن الأرش عوض عن الجزء الفائت من المعيب، فكأنه من جملة العوض، وهذا ليس بشيء على المذهب، وإنما هو بدل ما قابل الجزء الفائت من المبيع بالعيب ويدل على ذلك قطعاً نسبة الأرش إلى الثمن، ولو كان عوض الجزء الفائت من المبيع المعيب لكان المأخوذ ما نقص بالعيب فقط، من غير نسبة إلى ثمن ولا غيره، نعم أظن أن هذا اختيار أبي العباس ثم يلزم أبا محمد أن يقول: بالتفرق بطل العقد، أو بطل في قدر ما يقابل العيب، لحصول التفرق قبل كمال الصرف، ويلزمه أيضاً أن لا يجوز أخذ أرش عيب الفضة ذهباً، ولا أرش عيب الذهب فضة، حذاراً من مسألة مد عجوة، وهو لم يشترط

ذلك، بل هذا الإلزام وارد في سائر المبيعات، فإنا إذ أخذنا أرش ثوب بيع بعشرة دراهم درهماً مثلاً، كان على مقتضى قوله قد بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض، مع أحدهما من غير جنسهما، فكان ينبغي أن لا يجوز ذلك، والظاهر أن الإجماع على خلافه.

إذا تحققت هذا فشرط الخرقي رحمه اللّٰه للتخيير المتقدم أن يكون المردود بصرف يومه أي يوم الصرف، فلو نقصت قيمته عن يوم الصرف ـ كأن كان الدينار بعشرة، فصار بتسعة ـ زال التخيير ـ وتعين الأرش، كذا فهم عنه ابن عقيل، وأبو محمد، وهو ظاهر كلام أحمد على ما قال أبو محمد، وقطع به السامري، حذاراً من أن يرد المبيع مع تعيبه في يده، والصحيح عند أبي محمد أن التخيير بحاله، بناء على أن تغير السعر ليس بعيب، بدليل عدم ضمانه في الغصب، ثم لو سلم أنه عيب فظاهر المذهب ـ وهو الذي قاله الخرقي كما سيأتي إن شاء اللّٰه تعالى ـ أن تعيب المبيع عند المشتري لا يمنع الرد، انتهى. هذا شرح أبي محمد أو نحوه، بناء على أحد نسخ الخرقي، ولفظها: فله الخيار بين أن يرد أو يقبل إذا كان بصرف يومه، وكان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه، وليس فيها ذكر الأرش، إلا أنه جعل الشرط راجعاً للرد، ويلزم على قوله أن في الكلام تقديماً وتأخيراً، التقدير: له الخيار بين أن يرد إذا كان بصرف يومه، وكان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه، أو يقبل، والظاهر جعل الشرط راجعاً للتخيير كما تقدم، حذاراً من تقديم وتأخير الأصل عدمه، انتهى. ثم على هذه النسخة قد عطف على اشتراط كون المردود بصرف يومه، كون العيب من جنس المعقود عليه، فثبوت الخيار مشروط بشرطين، كون المردود على صرف يومه، وكون عيبه من جنسه، فلو كان عيبه من غير جنسه زال التخيير، وأما الحكم فيأتي، وهو أن الصرف يكون فاسداً.

وفي بعض النسخ ـ وعليها شرح ابن الزاغوني ـ: فله الخيار بين أن يرد، أو يأخذ قدر ما نقص بالعيب، وهذه واضحة، وفي أخرى: له الخيار بين أن يرد أو يقبل، إذا كان بصرف يومه، وكان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه، أو يأخذ أرش ما نقص بالعيب، وعلى هذه النسخة يكون في الكلام أيضاً تقديم وتأخير، أي له الخيار بين أن يرد بشرط كذا وكذا، وبين أن يقبل ويأخذ الأرش، ويكون «أو» بمعنى الواو.

وأما على النسخة التي كتبناها فالظاهر رجوع الشرط إلى الأرش، أي: له الخيار بين أن يرد أو يقبل ويأخذ الأرش، بشرط كونه على حساب يوم اصطرفا لا على أزيد منه، كما إذا كان الدينار يوم اصطرفا بعشرة، فصار باثني عشر، ولا على أنقص، كما إذا صار بثمانية، وما ذاك إلا أن الثمن ينقسم على المثمن يوم العقد، فالفائت بالعيب فات على حساب يوم العقد، وهذا فرع من مسألة تقويم المبيع المعيب، وقد صرحوا

بأنه يقوم يوم العقد، إلا ما كان من ضمان البائع فتقويمه يوم القبض، وعلى هذا يسلم من الاعتراض السابق، ومن دعوى تقديم وتأخير الأصل عدمه، بقي أنه عطف على ذلك كون العيب من جنس المعقود عليه، فلو كان من غير الجنس لم يتصور أخذ الأرض كما سيأتي.

فإن قيل: ظاهر هذا أن العيب إذا كان من غير الجنس امتنع الأرش، وله القبول، قيل: إذا حصل التصريح بخلاف ذلك فلا عبرة بالظاهر، انتهى.

وقول الخرقي: فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً. يشمل العيب في الجميع وفي البعض، وهو كذلك، إلا أنه إذا اختار إمساك الصحيح ورد العيب فهل له ذلك؟ على قولي تفريق الصفقة، واللَّه أعلم.

قال: وإذا تبايعا ذلك بغير عينه، فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً فله البدل، إذا كان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه، كالوضوح في الذهب، والسواد في الفضة.

ش: هذا هو المعبر عنه بالصرف في الذمة، ومثاله: بعتك ديناراً مغربياً، بعشرة دراهم ناصرية، ونحو ذلك، وهو جائز عندنا، لظاهر قوله «ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» فمقتضاه جواز ما عدا ذلك، بشرط القبض في المجلس، بدليل الرواية الأخرى «يداً بيد» ونحو ذلك، إذا ثبت هذا فتصارفا في الذمة، ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً ليس من غير جنس المعقود عليه، بل من جنسه كما مثل الخرقي رحمه اللَّه، فلا يخلو إما أن يجد ذلك قبل التفرق أو بعده، فإن وجده قبل التفرق فله المطالبة بالبدل الذي وقع عليه العقد وهو صحيح لا عيب فيه، وله الإمساك، إذا قصاراه الرضى بدون حقه، وله أخذ الأرض في الجنسين، لا في الجنس على المذهب فيهما، وإن وجده بعد التفرق واختار الرد فهل يبطل العقد برده، وهو اختيار أبي بكر، لوجود التفرق قبل القبض، لأن البدل إنما يأخذه عوضاً عما وقع عليه العقد، أو لا يبطل وله البدل في مجلس الرد، فإن تفرقا قبله بطل العقد، وهو اختيار الخرقي والخلال، والقاضي وأصحابه، وغيرهم، لأن القبض وقع صحيحاً، وإلا لبطل العقد بالتفرقة مطلقاً، وبدله يقوم مقامه؟ فيه روايتان، وحكى عنه ثالثة: أن البيع قد لزم، وهي بعيدة، لأنه يلزم منها إلزام العاقد بما لم يلتزمه.

فعلى الأولى إن وجد البعض رديئاً فرده بطل فيه، وفي البقية قولا تفريق الصفقة.

وعلى الثانية: له بدل المردود في مجلس الرد. انتهى، وإن اختار الإمساك فله ذلك بلا ريب، لكن إن طلب مع ذلك الأرش فقال أبو محمد ـ بناء على ما تقدم ـ: له ذلك على الثانية لا الأولى، وأما على المحقق ـ وقد تقدم ـ فله ذلك في الجنسين على الروايتين، إذ الذي يأخذه عوض عن جزء فات من الثمن، ولا يجوز في الجنس

الواحد مطلقاً حذاراً مما تقدم، واللّه أعلم.

قال: فأما إن كان عيب ذلك دخيلاً عليه من غير جنسه، كان الصرف فيه فاسداً.

ش: لما فرغ الخرقي رحمه اللّه من بيان العيب إذا كان من الجنس شرع في بيانه إذا كان من غير الجنس، ثم إنه فصل بين ما إذا تصارفا عيناً بعين وبين ما إذا تصارفا عيناً في الذمة، وهنا أطلق فشمل كلامه المسألتين، ثم كلامه أيضاً شامل لما قبل التفرق وبعده، وعلى ذلك جرى السامري مصرحاً به، وزاعماً أن أحمد رحمه اللّه نص عليه، وذكره الخرقي، والظاهر أن مستنده من كلام أحمد إطلاق، كما هو في كلام الخرقي، وكذلك تبعه أبو العباس، حتى أنه وهم جده في قوله: وعنه أنها لا تتعين فتبدل مع الغصب والعيب بكل حال، لشمول كلامه للعيب من الجنس ومن غيره، وفي توهيمه بهذا الإطلاق نظر، لأنه قد تقدم له قبل ذلك بأسطر أن المتصارفين إذا تفرقا فوجد أحدهما بما قبضه عيباً من غير الجنس بطل الصرف، فيحمل كلامه هنا على غير الصرف، توفيقاً بين كلاميه.

وإذا عرف هذا فلا بد من التعرض للتفصيل، وبيان محل الوفاق من محل الخلاف، فنقول: إذا تصارفا مثلاً ذهباً بفضة عيناً بعين ثم وجدا أو أحدهما عيباً من غير جنس المعقود عليه ـ مثل أن ظهرت الدراهم أو بعضها رصاصاً، أو الدنانير نحاساً، ونحو ذلك ـ فلا يخلو إما أن نقول: إن النقود تتعين بالتعيين، أم لا، فإن قلنا، لا تتعين. فكما لو تصارفا في الذمة على ما سيأتي، وإن قلنا: تتعين ـ وهو المذهب كما تقدم ـ فإنا نتبين فساد الصرف على المعروف المجزوم به لعامة الأصحاب، لأن البدل متعذر، لتعلق البيع بالعين، وكذلك الرضى بالموجود، لأنه غير ما وقع عليه العقد، فهو كما لو قال: بعتك هذه البغلة. فإذا هي حمار، ونحو ذلك، وقيل عنه: يلزم العقد والحال هذه، تغليباً للإشارة، ولا معول عليه، فعلى المذهب إن ظهر البعض معيباً بطل فيه، وهل يبطل في غيره؟ قولاً تفريق الصفقة، وإن تصارفا في الذمة ثم وجدا أو أحدهما العيب السابق، فإن كان قبل التفرق رد وأخذ بدله، والصرف صحيح، وفاقاً لابن عقيل، والشيرازي وصاحب التلخيص، وأبي محمد، وهو ظاهر كلام أبي الخطاب، إذ المقبوض تبين أنه غير الذي وقع عليه العقد، وظاهر إطلاق الخرقي ـ وهو الذي قاله السامري وأبو العباس ـ فساده كما بعد التفرق.

وإن كان بعد التفرق ـ وعليه عندي يحمل كلام الخرقي، نظراً للغالب فإنا نتبين فساد الصرف على المذهب المحقق، لأنهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه فيما شرط له القبض، ولا قبض ما يصلح أن يكون عوضاً عنه، وبهذا خرج إذا كان العيب من الجنس، لصلاحية المقبوض للعوضية عن ذلك، ولا أرش قبل التفرق ولا بعده لما قلناه من أن المقبوض لا يصلح أن يكون عوضاً، وأجرى أبو محمد في الكافي وصاحب التلخيص فيه هنا ـ والحال هذه ـ الروايتين اللتين فيما إذا كان العيب من

الجنس، إحداهما أن العقد يبطل برده، والثانية لا يبطل، وبدله في مجلس الرد يقوم مقامه، فمجرد وجود العيب من غير الجنس عندهما بعد التفرق لا يبطل قولاً واحداً، عكس المذهب، وليس بشيء، فعلى ما اختاره أبو محمد وغيره إن وجد العيب في البعض فقبل التفرق يبدل، وبعده يبطل فيه، وفي غير المعيب قولاً تفريق الصفقة.

واعلم أن كلام الأصحاب في هذه المسألة فيه اضطراب كثير، وقد تقدم أن أبا العباس وهم جده فيها، مع أن في توهيمه ما فيه، وناهيك بهما، وقد بالغت في تحريره على غاية الضعف وباللّه المستعان.

وقول الخرقي: وجد. أي ظهر، فيخرج منه ما إذا علم حال العقد، والحكم فيه أن العيب إن كان من الجنس فالعقد لازم ولا كلام.

نعم إن كان الصرف في جنس، والعيب في البعض، فقد يبطله من يمنع بيع النوعين بنوع منه، وإن كان العيب من غير الجنس والصرف في جنسين انبنى على إنفاق المغشوشة، وفيه روايتان، المختار منهما الجواز، وأبو محمد يحمل رواية الجواز على ما ظهر غشه، واصطلح عليه ورواية المنع على ما خفي غشه، ويقع في اللبس، ونحو ذلك قال ابن عقيل في الفصول.

وإ كان الصرف في جنسين، فإن كان العيب في أحد العوضين، ويخل بالمماثلة، ولا قيمة له، لم يجز، لإفضائه إلى عدم التماثل المشترط شرعاً، وإن كان له قيمة خرج على مسألة مد عجوة، وإن كان العيب في العوضين وتساوى العيبان فقولان، أظهرهما عند أبي محمد الجواز، وقطع ابن عقيل في الفصول، والسامري بالمنع.

ثم اعلم أنا قد ذكرنا أصلاً بنينا عليه ما تقدم، وهو: أن النقود هل تتعين بالتعيين أم لا؟ فنشير إلى بيان ذلك فنقول: المذهب المنصوص في رواية الجماعة، والمعمول عليه عند الأصحاب كافة، أن النقود تتعين بالتعيين كالعروض بالاتفاق، لأن ذلك عوض مشار إليه في العقد، فوجب أن يتعين كالعروض، ولأن ما تعين في الغصب والوديعة تعين بالعقد كالعروض، ومعنى تعين ذلك في الغصب أنه لو طولب بذلك لزمه تسليمه بعينه، ولا يجوز العدول عنه.

١٨٦٩ ـ ومما استدل به على ذلك أيضاً حديث عبادة بن الصامت رضي اللّه عنه: سمعت رسول اللّه ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، إلا سواء بسواء، عيناً بعين[1].

ولو كان الذهب والفضة في الذمة لم يكن عيناً بعين، وإنما يكون عيناً بعين إذا ملكت عين كل واحد منهما، وفيه نظر، إذ يلزم منه أن لا يباع الذهب بمثله إلا عيناً بعين، وقد حكي الإجماع على خلافه، والذي يظهر أن المراد من الحديث واللّه أعلم حضور

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٨٥٨.

الطرفين المصطرف عليهما، كما يحكى عن مالك أو تعيينهما بإقباضهما، وحضورهما في المجلس، وكونهما حالين، كما يقوله أصحابنا وغيرهم، بدليل أن في رواية أخرى في هذا الحديث «يداً بيد» بدلك «عيناً بعين» وكذا في رواية أخرى «يداً بيد» وفي رواية أخرى «ولا تبيعوا منها غائباً بناجز» وقول القاضي وأبي الخطاب وغيرهما: إن رواية عبادة «يداً بيد، عيناً بعين» وإن «يداً بيد» أن لا يكون نسيئة «وعيناً بعين» تعينهما بالتعيين، لم أرهما مجموعين في روايته، ولا في رواية غيره، مع أنه معترض بما تقدم، انتهى.

ونقل أبو داود عن أحمد ـ وسأله عن عبد دفع إلى رجل مالاً، وأمره أن يشتريه فاشتراه به فأعتقه ـ قال: يرد الدراهم على المولى، ويؤخذ المشتري بالثمن، والعبد حر. فظاهر هذا أنه لم يحكم بتعيينه، وإلا لبطل العقد، ولم تقع الحرية، وتأول القاضي ذلك في تعليقه على أن قوله: اشتراه به. أي نقده في ثمنه، واشترى في ذمته، توفيقاً بين نصوصه، وأبى ذلك أبو الخطاب والجمهور، نظراً للظاهر، ووجه ذلك أنه لا غرض في أعيان الدارهم والدنانير، وإنما الغرض في مقدارها، فإذا عينت كان تعيينها كالمكيال والميزان، وكما لو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة، فإن الحنطة لا تتعين، بل له أن يزرع ما هو مثلها ضرراً، ولأن الفراء قال في قوله سبحانه ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: ٢٠] الآية: الثمن ما يثبت في الذمة. فجعل من صفة الثمن ثبوته في الذمة، ومن قال بالتعيين لم يجعلها تثبت في الذمة، وهي ثمن قطعاً، ونقض الأول بالغصوب والعواري، فإنها لا تبدل وإن كان المعنى واحداً، وبما إذا باع قفيزاً معيناً من صبرة، لم يكن للبائع إبداله بمثله من تلك الصبرة، وإن لم يتعلق به غرض، على أنا نمنع أن التعيين لا غرض فيه، إذ قد يكون فيه غرض، وهو اعتقاد حلها ونحو ذلك، وقول الفراء لا يقبل في الأحكام، وإنما يقبل في ما طريقه اللغة، والتعيين وعدمه حكم شرعي.

وفائدة الخلاف ـ على ما قال أبو الخطاب في الانتصار ـ أن على المذهب لا يجوز للمشتري إبدالها، وإذا خرجت مستحقة بطل العقد، وإذا وجد البائع بها عيباً كان له الفسخ، وإذا تلفت قبل القبض تلفت من مال البائع، بناء على المذهب من أن المتعين، لا يفتقر إلى قبض.

وعلى المرجوح للمشتري إبدالها، ولا يبطل العقد بكونها مستحقة، ولا يفسخ البائع بالعيب فيها، ويجب إبدالها، وإذا تلفت كانت من مال المشتري، ما لم يقبض البائع.

(تنبيه): في نسخة من التلخيص بخط الموفق المصري فيما أظن: الثمن إن عين تعين بالتعيين، في البيع وغيره من عقود المعاوضات، في أصح الروايتين، وينفسخ العقد بتلفه قبل القبض في كل معاوضة محضة، كالإجارة، والصلح بمعنى البيع، وإن

لم يتمحض لم ينفسخ بتلفه كالمهر، وهذا سبق قلم منه أو من الناسخ، لأنه إذا تعين تلف من مال البائع كما تقدم، واستقر الملك فيه، أما إن لم تعين فيتلف من مال المشتري، وينفسخ العقد فيه، واللَّه أعلم.

قال: ومتى انصرف المتصارفان قبل التقابض فلا بيع بينهما.

ش: الصرف بيع الأثمان بعضها ببعض كما تقدم، والقبض في المجلس شرط لصحة العقد، نص عليه القاضي، وابن عقيل، والشيخان، وغير واحد، مع أن ابن المنذر قد حكاه إجماعاً، فقال: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد، وقد شهد لذلك النصوص السابقة «الذهب بالورق رباً إلا هاء وهاء» وغير ذلك، والمجلس هنا مجلس الخيار في البيع، فلا يضر طوله مع تلازمهما، فلو مشيا ولو يوماً ونحوه إلى منزل أحدهما مصطحبين صح، وقبض الوكيل يقوم مقام قبض موكله، بشرط قبضه قبل مفارقة موكله المجلس، فإن فارق الموكل المجلس فسد الصرف، وإن قبض الوكيل في المجلس، وموت أحد المتصارفين قبل القبض يفسد الصرف، لعدم تمام العقد، فإن قبض البعض دون البعض فلا بيع بينهما فيما لم يقبض، وفيما قبض قولاً تفريق الصفقة.

واعلم أن عبارة الخرقي هنا أجود من عبارة من قال: بطل الصرف. فإنه يوهم وجود عقد ثم بطلانه، وليس كذلك، إذ هنا القبض بمنزلة القبول، لا يتم العقد إلا به، واللَّه سبحانه أعلم.

قال: والعرايا التي رخص رسول اللَّه ﷺ فيها هو أن يوهب للإنسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق، فيبيعها بخرصها تمراً، لمن يأكلها رطباً.

١٨٧٠ ـ ش: الرخصة التي رخصها رسول اللَّه ﷺ هي ما قال زيد بن ثابت رضي اللَّه عنه: إن رسول اللَّه ﷺ رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها من التمر، وفي رواية: رخص في العرية، يأخذها أهل البيت بخرصها يأكلونها رطباً[١].

١٨٧١ ـ وعن سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج رضي اللَّه عنهما أن رسول اللَّه ﷺ نهى عن المزابنة بيع الثمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فإنه أذن لهم[٢].

١٨٧٢ ـ وعن أبي هريرة رضي اللَّه عنه نحوهما[٣]، متفق عليهن.

إذا عرف هذا فقد اختلف في العرية لغة، فقيل: إنها نوع من العطية، خصت باسم كالنحلة، لا بيع، قال الجوهري: العرية النخلة يعريها رجلاً محتاجاً، فيجعل تمرها له عاماً، فعليه، بمعنى مفعوله وأنشد لسويد بن الصامت[٤]:

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٧٣، ومسلم ١٠/ ١٨٤.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢١٩١، ومسلم ١٠/ ١٨٧.
(٣) أخرجه البخاري حديث ٢١٩٠، ومسلم ١٠/ ١٨٧.
(٤) البيت من الطويل، وهو لسويد بن الصامت في لسان العرب (سنه)، وأمالي القالي ١/ ١٢١.

وليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

وقال غيره: إنه من عراه يعروه، إذا أتاه يطلب منه عرية، فأعراه أي أعطاه إياها، كما يقال: سألني فأسألته. وهو نحو الأول، وعن أبي عبيد: العرية اسم لكل ما أفرد عن جملة، سواء كان للهبة، أو للبيع، أو للأكل. ونحو ذلك قال أبو بكر وغيره من أصحابنا، قال بعضهم: سميت بذلك هنا لأنها معرية من البيع المحرم، أي مخرجة منه.

واختلف الفقهاء من أصحابنا وغيرهم في العرية التي وقع الترخيص فيها شرعاً، على نحو اختلاف أهل اللغة، فظاهر كلام الخرقي وتبعه صاحب التلخيص ـ تخصيصها بالهبة، وهو ظاهر كلام أحمد، قال أيضاً في رواية سندي، وابن القاسم: العرية أن يهب الرجل للجار أو ابن العم النخلة والنخلتين، ما لا يجب فيه الزكاة، فللموهوب له أن يبيعها بخرصها تمراً للمرفق.

ومختار القاضي وجمهور الأصحاب عدم اختصاصها بالهبة، بل هي عندهم في الجملة شراء الرطب على رؤوس النخل، سواء كان ذلك موهوباً أو غير موهوب.

١٨٧٣ ـ وقد روي عن محمود بن لبيد قال: قلت لزيد: ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتبايعون به رطباً، وعندهم فضول من التمر، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم، يأكلونه رطباً، وهذا بظاهره ـ إن صح ـ يدل لما قاله الجمهور.

١٨٧٤ ـ ويرشحه ما في الصحيح من حديث سهل أنه رخص في بيع العرية أن تباع بخرصها تمراً، يأكلها أهلها رطباً[(١)]، وقد يقال: إنه لا دليل في كليهما، إذ فيهما أنه رخص في بيع العرايا، وليس في الحديث بيان العرايا ما هي.

١٨٧٥ ـ ومما استدل به أيضاً لقول القاضي ومن وافقه تفسير يحيى بن سعد، أحد رواة الحديث، فإنه قال: العرية أن يشتري الرجل ثمر النخلات، لطعام أهله رطباً، بخرصها تمراً.

١٨٧٦ ـ وعورض بتفسير ابن إسحاق، فإنه فسرها بالهبة، كذا نقل عنه أبو داود[(٢)]، مع أن كليهما غير صحابي، فلا حجة في تفسيرهما.

وبالجملة يشترط لجوازها على كلا القولين شروط (أحدها) كونه رطباً على رؤوس النخل، لما تقدم، أما الرطب على وجه الأرض فلا يجوز بتمر، لنهيه عن بيع الرطب بالتمر، خرج منه ما تقدم بحكم الأخذ شيئاً فشيئاً، لحاجة التفكه كما دلت عليه قصة محمود بن لبيد، وهذا المعنى مفقود في الرطب المجذوذ، فيبقى فيه على المنع.

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٩١.
(٢) سنن أبي داود حديث ٣٣٦٦.

(الثاني): كونها فيما دون خمسة أوسق.

١٨٧٧ ـ لما روى أبو هريرة رضي اللّه عنه: أن رسول اللّه ﷺ رخص في العرايا بخرصها، فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق[١]. متفق عليه، شك داود بن الحصين، أحد الرواة، وهذا يخص ما تقدم من حديث زيد، ورافع وسهل، وغيرهم، ويقضي عليها، فلا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق، على المذهب المعروف، المجزوم به، وبعض الأصحاب يقول: رواية واحدة، وأغرب ابن الزاغوني في وجيزه فلم يشترط الأوسق أصلاً فيما إذا كان المشتري هو الواهب، بأن شق عليه دخول الموهوب له وخروجه في بستانه، أو كره الموهوب له دخول بستان غيره، ولا نظير لهذا.

أما على المذهب ففي الخمسة (روايتان) المختار منهما عند الأصحاب المنع، لأن النهي عن المزابنة مطلق، خرج منه ما دون الخمسة بيقين، ووقع الشك في الخمسة بيقين، فيبقى على مقتضى الأصل من المنع، (والثانية) الجواز، نظراً إلى عموم أحاديث الرخصة، خرج منها ما زاد على الخمسة بيقين، فما عداه يبقى على مقتضى الترخيص.

(الثالث): كون ذلك بخرصه لا جزافاً، لما تقدم من الأحاديث، وأيضاً فالشارع أقام الخرص للحاجة مقام الكيل، فلا يجوز العدول عنه، كما لا يعدل عن الكيل فيما يشترط فيه الكيل، ثم هل الخرص على ما يؤول إليه عند الجفاف، وهو اختيار القاضي، وأبي محمد، وصاحب التلخيص، ارتكاباً لأخف المفسدتين ـ وهو الجهل بالتساوي ـ دون أعظمهما ـ وهو العلم بالتفاضل ـ أو على ما هو عليه إذاً نظراً للتساوي في الحال، ولعله ظاهر الأحاديث وقيل: إنه المنصوص هنا؟ على روايتين.

(الرابع): كون البيع بتمر، فلا يجوز بيعها بخرصها رطباً، لما تقدم من حديثي زيد وسهل، نعم لا إشكال في جواز البيع بنقد أو بعرض، لانتفاء المزابنة رأساً، ويشترط في التمر المشتري به (أن يكون) كيلاً لا جزافاً.

١٨٧٨ ـ لأن في البخاري[٢] عن ابن عمر عن زيد مرفوعاً: ورخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً، ولأن الأصل كما تقدم اعتبار الكيل من الجانبين، سقط في أحدهما، وأقيم الخرص مقامه للحاجة، ففي الآخر يبقى على مقتضى الأصل، (وأن يكون) التمر مثل ما حصل به الخرص، لا أزيد ولا أنقص.

١٨٧٩ ـ لأن في الترمذي[٣] في حديث زيد: أذن لأهل العرايا أن يبيعوها بمثل خرصها.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٣٨٢، ومسلم ١٠/ ١٨٧.
(٢) صحيح البخاري حديث ٢١٩٢.
(٣) الجامع الصحيح ١٣١٨.

(السادس) اشتراط الحلول والقبض من الطرفين في مجلس العقد، نص عليه، لأنه بيع تمر بتمر، فاعتبر فيه جميع شروطه، عدا ما استثناه الشارع، وقبض كل منهما بحسبه، ففي النخلة بالتخلية، وفي التمر باكتياله، فإن سلم أحدهما ثم مشى الآخر فسلم جاز. (السابع) اعتبار الحاجة، لما تقدم من قصة محمود بن لبيد، وذكر الرخصة يؤذن بذلك. ثم الحاجة تارة تكون للمشتري، بأن يحتاج إلى أكل الرطب، ولا ثمن معه إلا التمر، وهذا الذي في قصة محمود بن لبيد، وهو الذي قاله الخرقي، (وتارة) تكون للبائع، بأن يحتاج إلى أكل التمر، ولا ثمن معه إلا الرطب، وهذه الصورة لم يذكرها الخرقي وطائفة من الأصحاب، ونص عليها أبو بكر، وأبو البركات، وغيرهما، وجوازها بطريق التنبيه، لأنه إذا جاز مخالفة الأصل لحاجة التفكه فلحاجة الاقتيات أولى، وهذا يعتمد أصلاً، وهو جواز القياس على الرخصة، وعليه المعوّل، إن فهمت العلة كمسألتنا، وعن ابن عقيل أنه جعل من صور الحاجة ـ إذا كانت موهوبة ـ أن يشق على الواهب دخول الموهوب له بستانه وخروجه، أو يكره الموهوب دخول بستان غيره، فيجوز إذاً البيع، انتهى.

ويكتفي بالحاجة المتقدمة من جهة البائع أو المشتري على المشهور، والمختار لأبي محمد وغيره، وظاهر ما في التلخيص أنه يشترط مع حاجة المشتري المتقدمة أن يشق على الموهوب له القيام عليها، وحكى أبو محمد عن القاضي، وأبي بكر اشتراط الحاجة من جانبي البائع والمشتري، والذي في (التنبيه): العرية أن يكون للرجل النخلة والنخلتان حملهما دون خمسة أوسق، وهو محتاج إلى التمر، أو يكون إنسان يحتاج إلى الرطب ولا يمكنه شراؤه إلا بالتمر، فيتبايعان الرطب بالتمر، وهذا صريح في الاكتفاء بالحاجة من أحد الجانبين، نعم اشتراط الحاجة من الجانبي هو المقدم عند ابن عقيل.

(تنبيهات): «أحدها» يتفرع على اشتراط الحاجة من الجانبين أنه لو باع رجل عريتين من رجلين، فيهما أكثر من خمسة أوسق لم يجز، أما من اكتفى بالحاجة من أحد الجانبين فإنه ألغى جانب البائع، ولم يعتبر إلا المشتري، فيجوز للبائع أن يبيع مائة وسق في عقود متعددة، بالشروط السابقة، ولا يجوز للمشتري أن يشتري أكثر من خمسة أوسق، ولو في صفقتين.

(الثاني) (هل تختص) الرخصة بعرية النخل، وهو ظاهر كلام الخرقي، واختيار ابن حامد، وابن عقيل، وأبي محمد، اقتصاراً على مورد النص، إذ غيرها لا يساويها في الحاجة، لجمعها بين المصلحتين، التفكه والاقتيات.

١٨٨٠ ـ ثم في الترمذي[١] في حديث رافع وسهل: أن النبي ﷺ نهى عن

(١) الجامع الصحيح ١٣٢٠.

المزابنة التمر بالتمر، إلا أصحاب العرايا، فإنه قد أذن لهم، وعن بيع العنب بالزبيب، وعن كل ثمر بخرصة. (أو لا تختص)، فتجوز في سائر الثمار وهو قول القاضي، إلحاقاً لذلك بعرية النخل، بجامع الحاجة، أو يلحق العنب فقط، وهو احتمال لأبي محمد، لقوة شبهه بالرطب في الاقتيات والتفكه على ثلاثة أقوال، وخرج أبو العباس على ذلك بيع الخبز باليابس في برية الحجاز ونحوها، وكذلك بيع الفضة الخالصة بالمغشوشة، نظراً للحاجة.

١٨٨١ ـ (الثالث) المزابنة فسرها أبو سعيد الخدري، ورافع، وسهل، ببيع الثمر بالتمر وفي حديث سهل في الصحيح: أن رسول اللّه ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر، وقال «ذلك الربا، تلك المزابنة».

١٨٨٢ ـ وفسرها ابن عمر بأن يبيع ثمر حائطه إن كان نخلاً بتمر كيلاً، وإن كان كرماً بزبيب كيلاً، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعام، نهى عن ذلك كله. متفق عليه، زاد مسلم: وعن كل تمر بخرصة.

(والمزابنة): مفاعلة، مأخوذة من «الزبن» بفتح الزاي، وإسكان الموحدة، والزبن في اللغة الدفع الشديد، ومنه وصفت الحرب بالزبون، لشدة الدفع فيها، وسمي الشرطي زبنياً، لأنه يدفع الناس بعنف وشدة، ومن ذلك أيضاً ـ واللّه أعلم ـ (الزبانية) ولما كان كل واحد من المتبايعين في هذه المبايعة يدفع الآخر عن حقه سميت بذلك، «والخرص» بكسر الخاء اسم للمخروص، وبفتحها المصدر، والرواية بالكسر، قاله القرطبي، وقال النووي: «بخرصها» بفتح الخاء وكسرها، الفتح أشهر، فمن فتح قال مصدر، ومن كسر قال اسم للشيء المخروص، وعلى هذا يترجح بل يتعين ما قاله القرطبي «ونهى عن بيع الثمر بالتمر» الأول بثلاث نقط، والثاني باثنتين، والمراد بذلك ـ واللّه أعلم ـ بيع الرطب بالتمر، «والرجبية» من النخل منسوبة إلى رجب، جمع رجبة، كركبة وركب، قاله في الصحاح، وقال القزاز في جامعه: ومعنى البيت: ليست هذه النخلة كريمة علينا، ولكن نعريها الزائر والضيف، والترجيب التعظيم، وإن فلاناً لمرجب، أي معظم، واللّه أعلم.

قال: فإن تركها حتى تتمر بطل البيع.

ش: الضمير في «تركها» يرجع للمشتري، وهذا هو المذهب من الروايتين، إذ بتأخره علمنا عدم الشرط، وهو عدم الحاجة إلى أكل الرطب، ولأن النبي ﷺ قال «يأكلها أهلها رطباً» أي حالها أن يأكلها أهلها رطباً، فإذا لم يأكلها أهلها رطباً انتفت صفتها التي هي حكمة الرخصة، ولا فرق بين الترك لعذر أو غيره، سداً للذريعة (والثانية) لا يبطل، لاستكمال الشروط حال العقد، وعن أحمد فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ثم تركها، إن قصد ذلك حال العقد بطل، وإلا لم يبطل، فيخرج هنا كذلك، والقول بالبطلان كما دل عليه كلام الخرقي فيما إذا كانت الحاجة في الرطب

للمشتري، أما إن كان للبائع في التمر فترك المشتري لها حتى تتمر وعدمه سيان، والله أعلم.

باب بيع الأصول والثمار

ش: «الأصول» جمع أصل، كفلس وفلوس والمراد هنا الأشجار «والثمار» جمع ثمر، كجبل وجبال، وواحدة الثمر ثمرة، وجمع الثمار ثمر، ككتاب وكتب، وجمع الثمر أثمار كعنق وأعناق، والله أعلم.

قال: ومن باع نخلاً مؤبراً ـ وهو ما قد تشقق طلعه ـ فالثمرة للبائع متروكة في رؤوس النخل إلى الجذاذ، إلا أن يشترطها المبتاع.

ش: من باع نخلاً مؤبراً فإن ثمرته تكون للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع.

١٨٨٣ ـ على نص حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع»(١) متفق عليه وتكون للبائع متروكة في النخل إلى الجذاذ، ولا يلزمه قطعها في الحال، إذ النقل والتفريغ جار على العرف، كما لو باع داراً له فيها قماش ونحو ذلك، فلا يلزم بالنقل ليلاً، ولا جمع دواب البلد لذلك، بل إنما ينقله على المعتاد، والمعتاد في الثمرة أخذها عند جذاذها، والمرجع في ذلك إلى العادة، فإن كان نخلاً فحين تتناهى حلاوة ثمره، إلا أن تجري العادة بأخذه بسراً، أو يكون بسره خيراً من رطبه، فإنه يجذه حين استحكام حلاوة بسره، وإن كان فاكهة فأخذه حين يتناهى إدراكه، ويجذ مثله، وإن قيل: إن بقاءه خير له، فلو أصابت الثمرة آفة، بحيث لم يبق في بقائها فائدة، فهل يجب تفريغ الأشجار منها في الحال، لعدم الفائدة في بقائها إذاً؟ فيه احتمالان، ولو خيف على الأصول ضرر كثير ـ كالجفاف ونحوه ـ فهل يجبر أيضاً رب الثمرة على القطع حفظاً للأصول، أو لا، لأن رب الأصول دخل على ذلك؟ فيه وجهان أيضاً، وإن احتاجت الثمرة مدة بقائها على الأصول إلى سقي لم يلزم المشتري، لأن البائع لم يملكها من جهته، لكنه لا يملك منع البائع منه إن احتاجت إليه الثمرة، وإن أضر بالأصل، لاقتضاء العقد البقاء، وكذلك إن احتاجت الأصول إلى سقي، لم يملك صاحب الثمرة منع ربها، وإن أضر بثمرته كذلك أيضاً.

ومفهوم كلام الخرقي أن الثمرة إذا لم تؤبر فهي للمشتري بإطلاق العقد، وهو مفهوم الحديث أيضاً.

والخرقي رحمه الله إنما حكم على النخل إذا أبر جميعه، أما إذا أبر بعضه فلم يتعرض له، والحكم أن النخلة الواحدة، ما لم يؤبر منها يتبع ما أبر، فيكون الجميع

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٢٠٣، ٢٢٠٤، ومسلم ١٠/ ١٩٠.

للبائع، بلا خلاف نعلمه، وكذلك الحكم في النوع عند ابن حامد، حذاراً من سوء المشاركة، واختلاف الأيدي، والمنصوص أن لكل حكم نفسه نظراً لظاهر الحديث، فعلى الأول هل الجنس كالنوع، فيتبع النوع الذي لم يؤبر النوع الذي أبر جميعه وبعضه، ويكون الجميع للبائع إذا بيع جميع الجنس، أم لكل حكمه؟ فيه قولان، أشهرهما الثاني، أما الحائطان فلا يتبع أحدهما الآخر، ولهذه المسألة التفات إلى مسألة بدو الصلاح في البعض، ويأتي الكلام عليها إن شاء اللّه تعالى بما هو أتم من هذا.

(تنبيه): أصل التأبير التلقيح، وهو وضع الذكر في الأنثى، والخرقي رحمه اللّه فسره بالتشقق، لأن الحكم عنده منوط به، وإن لم يلقح، لصيرورته في حكم عين أخرى، وعلى هذا فإنما أنيط الحكم ـ واللّه أعلم ـ في الحديث بالتأبير لملازمته للتشقق غالباً، وهذا الذي قاله الخرقي هو أشهر الروايتين، وقد بالغ أبو محمد فقال: إنه لا اختلاف فيه بين العلماء.

(والثانية): لا بد من التلقيح بعد التشقق وإلا يكون للمشتري، عملاً بظاهر الحديث، وتمسكاً بالمقتضى اللغوي، واللّه أعلم.

قال: وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر باد.

ش: أي ظاهر كالتين ونحوه، والحكم في ذلك كالحكم فيما تقدم أنه إن ظهر فهو للبائع، لأنه قد صار كعين أخرى إلا أن يشترطه المبتاع، وإن لم يظهر فهو للمشتري، قياساً على ما تقدم، لمساواته له في المعنى، والأصحاب قد قسموا الشجر على أضرب ليس هذا موضع بيانها، واللّه أعلم.

قال: وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ولم يبد صلاحها على الترك لم يجز، وإن اشتراها على القطع جاز.

ش: بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بدون أصلها له ثلاثة أحوال.

(أحدها) أن تباع بشرط التبقية، فلا يصح إجماعاً.

١٨٨٤ ـ لما رواه عبد اللّه بن عمر رضي اللّه عنهما أن رسول اللّه ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع، وفي رواية قال «لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه»[١].

١٨٨٥ ـ وعن أنس رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع التمر حتى تزهو، قلنا لأنس: ما زهوها؟ قال: حتى تحمر وتصفر. قال: «أرأيت إن منع اللّه الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه» وفي رواية: قال النبي ﷺ: «إن لم يثمرها اللّه فبم تستحل مال أخيك»[٢] متفق عليه.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٩٤، ٢١٩٩، ومسلم ١٠/١٧٧.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢١٩٥، ٢١٩٨، ومسلم ١٠/٢١٦.

١٨٨٦ ـ وروي نحو ذلك من حديث جابر، وأبي هريرة، وابن عباس رضي اللَّه عنهم.

(والثاني): أن يشتريها بشرط القطع في الحال، فيجوز في قول العامة، لأمن المفسدة التي علل بها صاحب الشريعة، وهو منع اللَّه الثمرة، واستحلال مال أخيه بغير شيء، وهنا الأخذ في الحال، فالاستحلال بما أخذ في الحال.

(الثالث): اشتراها وأطلق، وهذا لم يتعرض الخرقي رحمه اللَّه للحكم عليه بنفي ولا إثبات، وفيه قولان للعلماء، هما روايتان عن إمامنا، أشهرهما ـ وبه جزم الشيخان والأكثرون ـ لا يصح، لأن الإطلاق يقتضي النقل على ما جرت به العادة، والعادة في الثمر كما تقدم قطعها إذا بدا صلاحها، فصار كأنه مشروط عدم القطع.

(والثانية): يصح إن قصد القطع، ويلزم به في الحال، نص عليها في رواية عبد اللَّه، حملاً على عرف الشرع والحال هذه، وتصحيحاً لكلام المكلف ما أمكن، والشيرازي يحكي رواية بالصحة من غير اشتراط قصد القطع، وما حكاه السامري عن ابن عقيل في التذكرة ـ أنه ذكر في هذه المسألة أربع روايات ـ ليس بجيد، إنما حكى ذلك ـ على ما اقتضاه لفظه ـ فيما إذا شرط القطع ثم ترك، انتهى، أما بيعها مع أصلها فيجوز إجماعاً، لأنها إذاً تتبع الأصل، فأشبهت الحمل مع أمه، وأس الحيط، وأيضاً قول النبي ﷺ «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع».

وإن بيعت لمالك الأصل ـ كما إذا باع أصولها بعد أن أبرت، ولم يشترطها المشتري، ثم باعها له، وكذلك لو وصى بنخل مؤبر ثم باع الورثة الثمرة للموصى له ـ فوجهان (أحدهما): يصح، وهو اختيار السامري، وصاحب التلخيص فيه، لأنه اجتمع الأصل والثمرة للمشتري، فأشبه ما لو اشتراهما معاً (والثاني): ـ وهو ظاهر كلام الخرقي ـ لا يصح، لعموم الحديث، ولأنه لا متبوع ولا تابع، وعلى هذا لو شرط القطع صح، قال أبو محمد: ولا يلزم الوفاء بالشرط، لأن الأصل له، ومقتضى هذا أن اشتراط القطع حق للآدمي، وفيه نظر، بل هو حق للَّه تعالى كما سيأتي.

(تنبيهان): (أحدهما): الزرع قبل اشتداده كالثمرة قبل بدو صلاحها، يجري فيها ما تقدم.

١٨٨٧ ـ ولمسلم وأبي داود، والترمذي، في رواية في حديث ابن عمر رضي اللَّه عنهما أن النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري[1].

١٨٨٨ ـ وعن أنس رضي اللَّه عنه أن رسول اللَّه ﷺ نهى عن بيع العنب حتى

(١) أخرجه مسلم ١٠/١٧٨، وأبو داود حديث ٣٣٦٨، والترمذي ١٢٤٤، والنسائي ٧/ ٢٧٠، وأحمد ٢/ ٥.

يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد[١]، رواه أبو داود والترمذي.

(الثاني): «الزهو» قد فسره أنس رضي اللَّه عنه، وفيه لغتان: زهى يزهو، وأزهى يزهي، حكاهما أبو زيد، قال الأصمعي: لا يقال النخل يزهو. وإنما يقال: يزهي، قال الخطابي: هكذا روي الحديث. يعني «يزهو»، والصواب في العربية «تزهي» قال ابن الأثير: وهذا القول منه ليس عند كل أحد، فإن اللغتين قد جاءتا عند بعضهم، وبعضهم لا يعرف في النخل إلا «أزهى»، انتهى وابن الأعرابي فسر «زهى يزهو» بمعنى: ظهر. «وأزهى يزهي» إذا احمر أو اصفر، «والحب» الطعام، واشتداد الحب قوته وصلابته، واللَّه أعلم.

قال: فإن تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع.

ش: هذا هو المذهب المنصوص، والمختار من الروايات للأصحاب الخرقي، وأبي بكر، وابن أبي موسى، والقاضي وأصحابه، وغيرهم، لعموم نهيه عن بيع الثمرة حتى تزهو، خرج منه صورة اشتراط القطع، وفعله عقب العقد بما هو كالإجماع فيبقى فيما عداه على مقتضى النهي، ولأنه أخر قبضاً مستحقاً للَّه تعالى، فأبطل العقد، كتأخير قبض رأس مال السلم والصرف.

والمعتمد في المسألة سد الذرائع، فإنه قد يتخذ اشتراط القطع حيلة، ليسلم له العقد، وقصده الترك، والذرائع معتبرة عندنا في الأصول وقد عاقب اللَّه سبحانه وتعالى أصحاب السبت بما عاقبهم به، لما نصبوا الشباك يوم الجمعة، حيلة على الصيد بها يوم السبت، وعاقب أصحاب الجنة بما عاقبهم، لما قصدوا حرمان الفقراء، والتحيل على إسقاط حق اللَّه سبحانه، ونهى سبحانه عن سب الآلهة التي تدعى من دون اللَّه، لئلا يكون ذلك ذريعة إلى سب اللَّه جل وعلا، بقوله: ﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨].

١٨٨٩ ـ وامتنع النبي ﷺ من قتل المنافقين، حذاراً من أن يقال: إن محمداً يقتل أصحابه[٢].

١٨٩٠ ـ ومنع ﷺ سائق الهدي أن يأكل منه هو أو أحد من رفقته إذا عطب دون محله، حذاراً من أن يقصر في علفه ويفرط فيه[٣].

١٨٩١ ـ ومنع القاتل من الإرث، لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى تعجيل الميراث.

١٨٩٢ ـ وأمر عمر بقتل الجماعة بالواحد، سداً للذريعة أيضاً، وأدلة هذا الأصل كثيرة، وقد عمل إمامنا على ذلك في كثير من المسائل. (والرواية الثانية) لا يبطل

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٣٧١، والترمذي ١٢٤٦.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٣٥١٨، ومسلم ١٦/١٣٨.
(٣) أخرجه أبو داود حديث ١٧٦٣.

البيع، نظراً إلى أن المبيع بحاله، وغاية الأمر أنه انضاف إليه غيره، وذلك لا يقتضي البطلان، بدليل ما لو اشترى حنطة فاختلطت بأخرى ولم تتميز، (والثالثة): نقلها أبو طالب ـ إن قصد الحيلة فسد البيع، لمقارنة النهي للعقد إذاً، وإن لم يقصد الحيلة لم يفسد، لخلو العقد عن النهي ظاهراً وباطناً، وقد اختلف الأصحاب في هذه الرواية والتي قبلها، فأثبتها ابن عقيل وغيره، وتأول الثالثة شيخه فقال: معناها ما إذا لم يقصد الحيلة وهو أسهل، يعني أنه لا يأثم، وإن قصد الحيلة أثم، قال: وإلا فهما يتفقان في حكم الصحة والبطلان، إذ ما يبطل العقد لا فرق فيه بين القصد وعدمه، قال: فمحصول المذهب فيه روايتان، وأبو محمد تأول الثانية على ما إذا لم يقصد الحيلة، ومع القصد يبطل البيع عنده رواية واحدة، ومحل الخلاف عنده مع عدم القصد، وطريقته أخص الطرق، كما أن أعم الطرق طريقة ابن عقيل. (وحيث قيل) بالفساد فإن المبيع بزيادته للبائع، نص عليه أحمد، ويرد الثمن، لأنه قد تبين عدم الشرط المصحح للعقد، فبطل من أصله. (وحيث قيل) بالصحة فهل يشترك البائع والمشتري في الزيادة، لحدوثها عن ملكيهما، أو يتصدقان بها استحساناً للاختلاف؟ فيه روايتان منصوصتان، وحمل القاضي في روايتيه وفي تعليقه كلا النصين على الاستحباب، وجعل الزيادة للمشتري، هذا هو التحقيق في النقل، وفاقاً لنصوص الإمام وللقاضي في التعليق، وأبي البركات، وحكى ابن الزاغوني وأبو محمد وغيرهما رواية أن البائع يتصدق بالزيادة على القول بالبطلان، وكأنهم تبعوا القاضي في روايتيه، فإنه زعم أن حنبلاً روى ذلك عن الإمام، وفيه نظر، فإنه صرح في التعليق بأن حنبلاً وابن سعيد اتفقا على الصحة، إلا أن ابن سعيد قال: يشتركان، وحنبلاً قال: يتصدقان، وفي الكافي رواية بالشركة على القول بالبطلان أيضاً، وكأنه أخذها من قول ابن أبي موسى: وقيل عنه. ويتلخص من ذلك أن على القول بالبطلان ثلاثة أقوال، كما ذلك على القول بالصحة.

ومعنى التصدق بالزيادة أو الاشتراك فيها أن ينظر كم قيمتها وقت العقد، وكم قيمتها بعد الزيادة، فما بينهما محل التردد، فإذا قيل ـ مثلاً ـ قيمتها وقت العقد مائة، ثم صارت قيمتها بعد الزيادة مائتين، فالصدقة أو الشركة له بالمال الزائد.

ثم من المباشر للصدقة فيها؟ قد تقدم أن على رواية البطلان يتصدق بها البائع، أما على رواية الصحة فظاهر نص الإمام كما سيأتي أنهما يتصدقان بها، وقال ابن الزاغوني: لا تدخل في ملك واحد منهما، ويتصدق بها المشتري.

(تنبيه): ترجم الخرقي رحمه الله المسألة إذا ترك حتى بدا الصلاح، وكذا القاضي وجماعة، وكذا وقعت نصوص أحمد الذي حكم فيها بالبطلان، أما نصاه اللذان حكم فيهما بالصحة، فقال فيهما: إذا كبرت وزادت، قال في رواية ابن سعيد: لا يشتري الرطبة إلا جزة، فإن تركها حتى تطول وتكبر كان البائع شريكاً للمبتاع في

الثمن، إلا أن يكون يسيراً، قدر يوم أو يومين، وكذلك النخل، ومن ثم استثنى ابن عقيل من كون البائع يشارك المشتري الزمن اليسير، تبعاً لنص الإمام انتهى، وقال في رواية حنبل: إذا باعه زرعاً على أن يجزه، أو نخلاً على أن يصرمه، فتركه حتى زاد، فالزيادة لا يستحقها واحد منهما، ويتصدقان بها، فقد يقال بتقرير نصوصه، فالبطلان إذا بدا الصلاح، والصحة إذا لم يبد، واللَّه أعلم.

قال: وإن اشتراها بعد أن يبدو صلاحها على الترك إلى الجذاذ جاز.

ش: الأصل في ذلك ما تقدم من نهيه ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، وعن بيعها حتى تزهو، ونحو ذلك.

١٨٩٣ ـ وعن عمرة أن رسول اللَّه ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة، رواه مالك في الموطأ[1].

ودلالة هذه الأحاديث من أوجه (أحدهما): أنه ﷺ غيا النهي بغاية، فبوجودها يزول النهي، ويبقى على أصل الإذن في جواز البيع (الثاني) أن ما بعد الغاية والحال هذه يعطى عكس حكم ما قبلها، وإلا فذكر الغاية إذاً وعدمها سيان، وما قبلها لا يجوز إلا بشرط القطع، فما بعدها يجوز وإن شرط الترك، (الثالث): أنه علل المنع بعلة، وهي الخوف من تلفها، ووقوع العاهة بها، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وإذا بدا الصلاح زالت العلة غالباً، فيزول المنع انتهى، والخرقي رحمه اللَّه على ما إذا اشتراها بشرط القطع، ليصرح بمخالفة الخصم، ويفهم منه بطريق التنبيه صورة الوفاق، وهي ما إذا أطلق.

(تنبيهان): «أحدهما» بدو الصلاح في شجرة صلاح لجميعها، بلا خلاف أعلمه بين الأصحاب، وكثير منهم يقول: رواية واحدة، واختلف في صلاح بعض النوع، هل يكون صلاحاً لسائر ذلك النوع الذي في القراح؟ فيه روايتان، أشهرهما عن الإمام: لا يكون صلاحاً له كما لا يكون صلاحاً لقراح آخر، وهذا اختيار أبي بكر في الشافي، وابن شاقلا في تعاليقه، واستدل له ابن شاقلا بقوله «حتى يبدو صلاحه» وقال: وهو يقتضي الكل بدلالة قوله تعالى: ﴿كَمَا بَدَأَكُمْ تَعُودُونَ﴾ [الأعراف: ٢٩] فإنه يقتضي الكل لا البعض (والثانية): ـ وهي اختيار الأكثرين، ابن أبي موسى، وابن حامد، والقاضي وأصحابه وغيرهم ـ يكون صلاحاً كما في النخلة الواحدة إذ سوء المشاركة والاختلاط موجود في النوع، كما في النخلة الواحدة، وخرج بذلك قراح آخر، واختلف القائلون بهذه الرواية في النوع ـ كالبرني مثلاً ـ هل يكون صلاحاً لسائر الجنس الذي في القراح؟ فقال القاضي، وابن عقيل، وأبو محمد والأكثرون: لا يكون صلاحاً، وقال أبو الخطاب: يكون صلاحاً، وهو ظاهر النص الآتي.

---

(١) الموطأ ٢/ ١٥٥.

ولا نزاع أن المذهب أن صلاح الجنس لا يكون صلاحاً لجنس آخر، وكذلك صلاح نوع من بستان، لا يكون صلاحاً لنوع آخر من بستان آخر، وعنه أن بدو الصلاح في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه.

(الثاني) نص أحمد في الرواية الأولى: إذا احمر بعضه وبعضه أخضر، يباع الذي بلغ، وهذا يشمل النخلة والنخلات، لكن القاضي قال: يجب أن يحمل هذا على أنه لا يكون صلاحاً لنخلة أخرى، أما النخلة فيكون صلاحاً لها رواية واحدة، ونصه في الثانية، في بستان بعضه بالغ، وبعضه غير بالغ: بيع إذا كان الأغلب عليه البلوغ، فمن القائلين بالرواية الثانية، من قصر الحكم على الغلبة، كالقاضي في تعليقه، وأبي حكيم النهرواني، وأبي البركات، تبعاً لهذا النص، ومنهم من سوى بين القليل والكثير، كابن أبي موسى مصرحاً به، وأبي الخطاب وغير واحد، تبعاً ـ والله أعلم ـ للنص المحكي أخيراً، ويتلخص في المسألة ثلاث روايات، (الثالثة) الفرق بين الغلبة وغيرها، ثم كلا النصين اللذين حكم فيهما الإمام بالصلاح يشملان النوع، والجنسين، كما يقوله أبو الخطاب، عكس المشهور.

واعلم أن معنى: ما لم يبد صلاحه في حكم ما بدا صلاحه، في جواز بيعه مع ما بدا صلاحه تبعاً له، فلو أفرد بالبيع فوجهان، وحكاهما القاضي في المجرد، فيما لم يؤبر من النوع، إذا أفرد بالبيع أن ثمرته تكون للبائع، إن قيل: إن ما لم يؤبر تبع لما أبر، وخالفه ابن عقيل فقال: إن الثمرة ـ والحال هذه ـ تكون للمشتري قولاً واحداً، والله أعلم.

قال: فإن كانت ثمرة نخل فبدو صلاحها أن تظهر فيها الحمرة أو الصفرة، وإن كانت ثمرة كرم فصلاحها أن تتموه، وصلاح ما سوى النخل والكرم أن يبدو فيه النضج.

ش: لما أناط الخرقي رحمه الله جواز البيع ببدو الصلاح فسره وبينه، بأنه ظهور الحمرة أو الصفرة في ثمرة النخل، وذلك لما تقدم عن أنس رضي الله عنه: حتى تحمر وتصفر.

١٨٩٤ ـ وعن جابر رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ نهى أن تباع الثمرة حتى تشقح، قيل: وما تشقح؟ قال «حتى تحمار وتصفار ويؤكل منها»[(١)].

١٨٩٥ ـ وسأل سعيد بن فيروز ابن عباس عن بيع النخل، فقال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل، وحتى يوزن، قال فقلت: وما يوزن؟ فقال رجل عنده: حتى يحزر[(٢)]. متفق عليهما، وصلاح ثمرة الكرم أن تتموه، أي

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٩٦، ومسلم ١٠/١٩٥.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٢٤٦، ومسلم ١٠/١٨٠.

يجري فيها الماء الحلو وتلين، وكذلك ما سوى ثمرة النخيل والكرم، صلاحه أن يبدو فيه النضج لصلاحيته، وكذلك الذي قبله للأكل، وإذاً يدخل في معنى الأحاديث السابقة، وعلى هذا أيضاً ينبغي أن يحمل كلام الخرقي في ثمرة النخل، أنه لا بد مع احمرارها واصفرارها من صلاحيتها للأكل، وفاقاً لحديث جابر وابن عباس، وكذلك جعل أبو البركات الضابط في جميع الثمار أن يطيب أكلها، ويظهر فيها النضج، وأبو محمد جعل ما يتغير لونه عند صلاحه، كالإجاص، والعنب الأسود، صلاحه تغير لونه كثمرة النخل، والضابط الذي ذكره أبو البركات أجود.

(تنبيهان): «أحدهما» اختلف الأصحاب فيما يؤكل صغاراً وكباراً، كالقثاء والخيار، ونحوهما، فقال القاضي وابن عقيل: صلاحه تناهي عظمه، وقال أبو محمد: أكله عادة. وتوسط صاحب التلخيص فقال: صلاحه التقاطه عرفاً، وإن طاب أكله قبل ذلك.

(الثاني) «تشقح» بضم التاء وإسكان الشين، وتخفيف القاف، مضارع «أشقح» وقد فسره جابر، و«تحزر» بتقديم الزاي على الراء، أي تخرص، وفي بعض الأصول بتقديم الراء، قيل: إنه تصحيف، والله أعلم.

قال: ولا يجوز بيع القثاء والخيار، والباذنجان، وما أشبهها إلا لقطة لقطة.

ش: لا يجوز بيع الخيار، والباذنجان، وما أشبه ذلك ـ كالقثاء والبطيخ ـ إلا لقطة لقطة، لأن الزائد على ذلك غير معلوم، فلم يجز بيعه، لعدم العلم به.

واعلم أن هذه الأشياء عند جمهور الأصحاب أصولها كالشجر النابت، وثمرتها كثمرته، فتباع أصولها مطلقاً، وثمرتها قبل بدو صلاحها معها، أو لمالكها على وجه، أو بشرط القطع، أو مطلقاً بشرطه على رواية، وبعد بدو الصلاح يباع الموجود منها واختار صاحب التلخيص المنع من بيع ثمارها قبل بدو صلاحها إلا بشرط القطع، وإن بيعت مع أصولها، لتعرضها للآفة مع الأصول إلا أن بيعت مع الأرض، أو لمالكها، وقياس قوله أن أصولها لا تباع صغرة إلا إذا أمنت العاهة، إلا أن تباع مع الأرض أو لمالكها، أو بشرط القطع، والله أعلم.

قال: وكذلك الرطبة كل جزة.

ش: حكم الرطبة وما ثبت أصوله في الأرض ويؤخذ دفعة بعد دفعة ـ كالنعنع، والهندباء، ونحو ذلك ـ حكم الخيار، والباذنجان، لا يباع إلا الموجود منه جزة جزة، بشرط القطع في الحال، إذ ما لم يظهر معدوم، والموجود متى ترك ولم يقطع اختلط بغيره، وإذاً يفضي إلى مشاجرة ونزاع، وذلك مما لا يرضاه الشارع.

(تنبيه): حكم بيع الخيار ونحوه، والرطبة ونحوها ـ إذا بيع بشرط القطع، ثم ترك حتى طالت الجزة، أو حدثت ثمرة أخرى ولم يتميزا ـ حكم بيع الثمرة قبل بدو

صلاحها، إذا بيعت بشرط القطع، ثم تركت حتى بدا صلاحها على ما تقدم، قال غير واحد: ونص أحمد وقع في رواية ابن سعيد في الرطبة إذا تركها حتى طالت بالصحة، وأظن أن ذلك وقع لابن عقيل أيضاً.

أما إن اشتريت ثمرة بعد بدو صلاحها، فحدثت ثمرة أخرى للبائع، فإن تميزتا فلا كلام، وإن لم تتميزا اشتركا بقدر ما لكل منهما، فإن لم يعلم القدر وقف الأمر حتى يصطلحا، هذا رأي ابن عقيل، وأبي محمد وهو الصواب، بخلاف الثمرة قبل بدو صلاحها ونحوها، لارتكاب النهي ثم، وسدا للذريعة، لئلا يتخذ ذلك حيلة لما هو ممنوع منه شرعاً، وأجرى أبو الخطاب في ذلك الروايتين اللتين في الثمرة قبل بدو صلاحها، وقال القاضي: إن كانت الثمرة للبائع، فحدثت أخرى، قيل لكل منهما: اسمح بنصيبك. فإن فعل أجبر الآخر على القبول، وإن امتنعا فسخ العقد، وإن اشترى ثمرة فحدثت أخرى لم يقل للمشتري اسمح، إذ الثمرة كل المبيع، ويقال للبائع ذلك، فإن سمح أجبر المشتري على القبول، وإلا فسخ العقد، قال ابن عقيل: ولعل هذا القول لبعض أصحابنا، فإني لم أجده معزياً إلى أحمد، واللَّه أعلم.

قال: والحصاد على المشتري.

ش: الحصاد قطع الزرع، والخرقي رحمه اللَّه كأنه استعمله في جميع ما تقدم، لأن الجميع قطع، وإنما كان ذلك على المشتري لأنه لتفريغ ملكه عن ملك البائع، وأنه عليه كنقل الطعام ونحوه، وفارق الكيل والوزن والذرع والعدد، فإنهن من تمام التسليم، وذلك على البائع، والتسليم هنا حصل بالتخلية، واللَّه أعلم.

قال: فإن شرطه على البائع بطل البيع.

ش: اختلف الأصحاب أولاً في جواز هذا الشرط، فذهب جماعة منهم ـ كأبي بكر، وابن حامد، والقاضي وجماعة من أصحابه وغيرهم ـ إلى جوازه، لما سيأتي إن شاء اللَّه تعالى من أن البيع لا يبطله شرط واحد، ولأن قصاراه أنه بيع وإجارة، وإنهما جائزان منفردين، فجازا مجتمعين، وذهب الخرقي إلى منعه، وهو الذي أورده ابن أبي موسى مذهباً، لأنه اشترط العمل في المبيع قبل ملكه، أشبه ما لو استأجره ليخيط له ثوب زيد إذا ملكه، وأجيب بأن في مسألتنا حصلت الإجارة والملك معاً، ومثل ذلك لا يمنع، على المنصوص في جواز رهن المبيع على الثمن، بخلاف ما تقدم، وعلى هذا القول هل يبطل البيع لبطلان الشرط؟ فيه روايتان حكاهما ابن أبي موسى.

والخرقي قطع بالبطلان، فيحتمل أن مذهبه بطلان البيع بالشرط الفاسد، وهو إحدى الروايتين، واختيار القاضي وابن عقيل، ويحتمل أن يخص البطلان هذا الشرط، وهو المرجح عند أبي محمد.

(تنبيه): خرج أبو الخطاب وجماعة من أتباعه من قول الخرقي عدم صحة

اشتراط منفعة البائع في المبيع مطلقاً، وأبو البركات وصاحب التلخيص ذكرا ذلك رواية، فيحتمل أن مستندهما ذلك، ويحتمل أنهما اطلعا على نص، وتردد أبو محمد في التخريج، والأرجح عنده عدمه، وقصر كلام الخرقي على هذه المسألة وشبهها مما يفضي إلى التنازع، فإن البائع يريد القطع من أسفل، ليبقى له بقية، والمشتري يريد الاستقصاء ليزيد له ما يأخذه، وإنما ترجح ذلك عنده لما تقدم من إفضاء ذلك إلى التنازع، وليوافق المذهب في صحة اشتراط منفعة البائع في المبيع، إذ القاضي قد قال: إنه لم يجد بما قال الخرقي رواية في المذهب لأن الخرقي قال بعد: والبيع لا يبطله شرط واحد.

وجميع ذلك معترض، أما الإفضاء إلى التنازع فممنوع، إذ القطع على ما جرت به العادة، كما لو لم يشترطه عليه، وأما موافقة المذهب فإن المذهب أياً عند الأكثرين صحة هذا الشرط، والقاضي إنما كلامه فيه، وأما قول الخرقي فلا بد من تخصيصه بهذا الشرط، أو بشرط منفعة البائع في المبيع.

وبالجملة يتلخص في صحة اشتراط منفعة البائع في المبيع ثلاثة أقوال، (الصحة) مطلقاً، وهو المختار للأكثرين، والمنصوص عن الإمام.

١٨٩٦ ـ محتجاً بأن محمد بن مسلمة رضي اللّه عنه اشترى من نبطي جزرة حطب، وشارطه على حملها، (والمنع) مطلقاً، (والمنع) في جز الرطبة وما في معناها، والصحة فيما عدا ذلك، ثم محل الخلاف إذا كانت المنفعة معلومة، أما إن جهلت لهما أو لأحدهما فإنه لا يصح اشتراطها بلا نزاع نعلمه، واللّه أعلم.

قال: وإذا باع حائطاً واستثنى منه صاعاً لم يجز، فإن استثنى نخلة أو شجرة بعينها جاز.

ش: لا نزاع فيما نعلمه في جواز الثنيا كانت معلومة، ولم تعد على المستثني بجهالة، كما إذا باع حائطاً واستثنى منه نخلة بعينها أو نخلات كذلك، ونحو ذلك.

١٨٩٧ ـ لما روى جابر رضي اللّه عنه أن رسول اللّه ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة، والثنيا إلا أن تعلم[1]، رواه النسائي، والترمذي وصححه، وهذه الثنيا معلومة، فصحت بمقتضى الحديث، ولأن مثال ذلك إذا كان في الحائط مائة نخلة مثلاً، واستثنى نخلة منه فقال: بعتك تسعاً وتسعين.

ولا إشكال أيضاً في منع الثنيا إذا كانت مجهولة، كما لو قال ـ والحال ما تقدم ـ: إلا نخلة، أو إلا جزءاً من الثمرة، ونحو ذلك، للحديث أيضاً، ولأن جهالة المستثني تفضي إلى جهالة المستثنى منه، ومن شرط المبيع كونه معلوماً.

(١) أخرجه الترمذي ١٣٠٨، والنسائي ٧/ ٢٩٦.

١٨٩٨ ـ بدليل نهيه ﷺ عن بيع الغرر[1]، ونحو ذلك.

واختلف فيما إذا باع حائطاً واستثنى منه صاعاً، أو صبرة لا يعلمان قفزانها واستثنى منها قفيزاً، ونحو ذلك، أو باع حائطاً واستثنى ثلث ثمرته أو ربعها، أو صبرة واستثنى سبعها أو ثمنها ونحو ذلك، على ثلاثة روايات، (إحداهما): الصحة في الجميع، اعتماداً على الحديث، إذ الثنيا والحال هذه معلومة، وقد قيل: إنه إجماع أهل المدينة، (والثانية): ـ وهي اختيار أبي بكر، وابن أبي موسى ـ عدم الصحة في الجميع، لأن الثنيا والحال هذه تفضي إلى جهالة المبيع، وبيانه أن المبيع والحالة هذه إنما علم بالمشاهدة، وبعد إخراج المستثنى تختل المشاهدة، وإذاً يدعى تخصيص الحديث لذلك (والثالثة): يصح في: إلا ثلثها، إلا سبعها، ونحو ذلك، إذ معناه، بعتك ثلثيها، بعتك ستة أسباعها، وهو معلوم، ولا يصح في: إلا صاعاً، إلا قفيزاً، ونحو ذلك، لما تقدم من أن المصحح للبيع ـ والحال هذه ـ الرؤية، وبإخراج الصاع ونحوه تختل، وهذه الرواية اختيار القاضي وجماعة من أصحابه، وأبي محمد وغيرهم.

واختلف الأصحاب فيما إذا باع نخلة واستثنى منها صاعاً ونحو ذلك، فأجرى أبو محمد فيه الخلاف، وقطع القاضي في شرحه، وفي جامعه الصغير بالصحة، معللاً بأن الجهالة هنا يسيرة فتغتفر، بخلاف ثم، وكذا وقع نص أحمد في رواية حنبل بالصحة، وتردد القاضي في التعليق فيه، هل يجري على ظاهره، لما تقدم من قلة الجهالة، أو يحمل على الرواية التي قال فيها ثم بالصحة.

واختلفوا أيضاً فيما إذا قال: بعتك هذا الحيوان إلا ثلثه، أو إلا ربعه، ونحو ذلك، فأجازه أبو محمد، وابن عقيل، كما لو قال في الصبرة: إلا ثلثها، ومنع ذلك القاضي في المجرد، قال: على قياس قول الإمام في الشحم، ورد بأن الشحم مجهول، ولا جهالة هنا، وحمل ابن عقيل كلام شيخه على أنه استثنى ربع لحم الشاة، لا ربعها مشاعاً، ثم اختار الصحة في ذلك أيضاً، والله أعلم.

قال: وإذا اشترى الثمرة دون الأصل فلحقتها جائحة من السماء رجع بها إلى البائع.

ش: لا نزاع عندنا فيما نعلمه في وضع الجوائح في الجملة.

١٨٩٩ ـ لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ من مال أخيك بغير حق؟» وفي رواية: أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح. رواه مسلم، وأبو داود، والنسائي، وللنسائي في رواية أخرى «من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه

---

(١) أخرجه مسلم ١٠/ ١٥٦، وأبو داود حديث ٣٣٧٦، والنسائي ٧/ ٢٦٢، وابن ماجه حديث ٢١٩٤، وأحمد ٢/ ٢٥٠.

شيئاً، علام يأكل أحدكم مال أخيه المسلم»(١) ولأن الثمار على رؤوس الأشجار تجري مجرى الإجارة، لأنها تؤخذ شيئاً فشيئاً كالمنافع، ثم المنافع إذا تلفت قبل مضي المدة كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمار، لا يقال: المنافع قبل مضي المدة غير مقبوضة، بخلاف الثمار فإنها مقبوضة، لأنا نقول: كلاهما في حكم المقبوض من وجه، ولهذا جاز التصرف في كل منهما على المذهب، ثم لا نسلم أن الثمرة مقبوضة القبض التام، بدليل أنها لو تلفت بعطش كانت من ضمان البائع، فلا ترد صحة التصرف فيها، فإنا نمنعه على رواية اختارها أبو بكر، فيما حكاه عنه ابن شاقلا.

١٩٠٠ ـ وقال: إنه قول زيد بن ثابت، وإن سلمناه فالإجارة، يجوز التصرف فيها، وإذا تلفت كانت من ضمان المؤجر.

١٩٠١ ـ وقد اعترض على هذا بالحديث الصحيح أن رجلاً أصيب على عهد رسول اللَّه ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول اللَّه ﷺ «تصدقوا عليه» قال: فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول اللَّه ﷺ «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك»(٢) ولو كان الضمان على البائع لكانت المصيبة عليه، وأجيب بأن هذا واقعة عين، فيحتمل أنه أصيب بعد حرزها وقبضها القبض التام.

١٩٠٢ ـ واعترض أيضاً بحديث عمرة بنت عبد الرحمٰن، قالت: ابتاع رجل ثمرة حائط في زمان رسول اللَّه ﷺ، فعالجه وقام فيه، حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيله، فحلف أن لا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول اللَّه ﷺ، فذكرت ذلك له، فقال رسول اللَّه ﷺ: «تألى فلان أن لا يفعل خيراً»(٣) رواه أحمد ومالك في الموطأ وظاهره أن الوضع غير واجب على البائع، وإلا لطلب رسول اللَّه ﷺ البائع، وأمره بذلك، وأنكر عليه حلفه، وامتناعه من الواجب، وقد أجيب بأن الجائحة هنا يحتمل أن تكون بفعل آدمي والضمان عليه، ويحتمل أنه علم أنه ينزجر بقوله، ويخرج من الحق، فلم يحتج إلى طلبه.

١٩٠٣ ـ ويشهد لذلك ما في المسند أن الرجل بلغه، فأتى النبي ﷺ فقال: يا رسول اللَّه ﷺ إن شئت الثمن كله، وإن شئت ما وضعوا، فوضع عنهم ما وضعوا.

١٩٠٤ ـ وفي الموطأ فسمع بذلك رب الحائط، فأتى رسول اللَّه ﷺ فقال: يا رسول اللَّه هو له ويحتمل أنه كان قبل الأمر بوضع الجوائح، على أنه ليس في الحديث أن الثمرة أصابتها جائحة، مع أن الحديث مرسل، ثم يضعفه اختلاف ألفاظه، وما في

---

(١) أخرجه مسلم ١٠/٢١٦، وأبو داود حديث ٣٤٧٠، والنسائي ٧/ ٢٦٤، وابن ماجه حديث ٢٢١٩، وأحمد ٣/٣٠٩.

(٢) أخرجه مسلم ١٠/٢١٨، وأبو داود حديث ٣٤٦٩، والنسائي ٧/ ٢٦٥، وابن ماجه حديث ٢٣٥٦، وأحمد ٣/٣٦.

(٣) أخرجه أحمد ٦/٦٩.

المغني من أن المرأة قالت: فأذهبتها الجائحة، وأنه متفق عليه الظاهر أنه وهم.

واعترض أيضاً بالأحاديث الصحيحة من نهيه عن بيع الثمرة حتى تزهو، وقوله: «أرأيت إن لم يثمرها اللّه بم تستحل مال أخيك؟» ولو كان الضمان على البائع لما استحل مال أخيه، وهذا أقوى ما اعترض به.

وقد أجاب عنه القاضي بأن معناه: بم تستحل جواز الأخذ، فهو إنكار على البائع في أخذ الثمن، نظيره قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١] ولا يخفى أن ظاهر اللفظ خلاف هذا.

والذي يظهر لي عدم القول بوضع الجوائح، وأن ذلك كان أولاً، حين كانوا يتبايعون الثمار قبل بدو الصلاح.

١٩٠٥ ـ بدليل ما قال زيد بن ثابت رضي اللّه عنه: كان الناس في عهد رسول اللّه ﷺ يتبايعون الثمار، فإذا جذ الناس وحضر تقاضيهم، قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الدمان، أصابه مراض، أصابه قشام، عَاهات يحتجون بها، فقال رسول اللّه ﷺ ـ لما كثرت عنده الخصومة ـ «إما لا فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر»(١) كالمشورة يشير بها، لكثرة خصومتهم، رواه البخاري، وأبو داود، وزاد: يتبايعون الثمار قبل بدو صلاحها، وهذا بين في أنهم كانوا يتبايعون الثمار قبل بدو صلاحها، وأن الجوائح ما كانت توضع، وإلا لم يكن في الخصومة فائدة، وأن رسول اللّه ﷺ قطع ذلك، بأن منع البيع قبل بدو الصلاح.

ولا تفريع على هذا، أما على المذهب، فهل توضع الجوائح مطلقاً، عملاً بعموم الحديث، وهو اختيار جمهور الأصحاب، إلا القدر اليسير الذي لا بد من تلفه غالباً، قال أحمد: لا أقول في عشر تمرات، ولا عشرين تمرة، وما أدري ما الثلث؟ أو لا يوضع إلا أن أتلفت الثلث فصاعداً، وهو اختيار الخلال، لأن اليسير مغتفر إذ لا بد من تلف ما غالباً، وما دون الثلث يسير.

١٩٠٦ ـ بدليل قول النبي ﷺ «الثلث والثلث كثير»(٢)؟ على روايتين، وقيدهما ابن عقيل وصاحب التلخيص بما بعد التخلية، وظاهره أن قبل التخلية الكل على البائع، ثم على الثانية: عل يعتبر الثلث بالقدر أو بالقيمة؟ فيه قولان.

ومعنى وضع الجوائح أن الثمرة إذا تلفت أو بعضها قبل الجذاذ كان ذلك من ضمان البائع على المذهب، فيرجع المشتري عليه بالثمن أو ببعضه حسب التالف. وعلى الرواية الأخرى إن أتلفت دون الثلث فمن ضمان المشتري، وإن أتلفت الثلث فصاعداً فمن ضمان البائع، وإن تعيبت الثمرة ولم تتلف خير المشتري بين الإمضاء

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٩٣، وأبو داود حديث ٣٣٧٢.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٥٦، ٣٧٤٢، ومسلم ١١/٧٦.

والأرش، وبين الرد وأخذ الثمن كاملاً.

ثم الجائحة التي هذا حكمها ما لم يكن بفعل آدمي، كالريح، والمطر، والجراد، والبرد، ونحو ذلك، أما ما كان بفعل آدمي كالحاصلة من قطاع الطريق، ونهب الجيوش، ونحو ذلك، فإن المشتري مخير بين فسخ العقد، ومطالبة البائع بالثمن، وبين إمضائه ومطالبة المتلف بالبدل، قاله القاضي وغير واحد، واختار أبو الخطاب في الانتصار أن الضمان ـ والحال هذه ـ يستقر على المشتري، فيلزم العقد في حقه، ثم يرجع هو على المتلف، وفي التلخيص وغيره أن في إحراق اللصوص، ونهب الحرامية والجيوش وجهان، يعني هل هو من الجائحة أم لا؟ وكأن مرادهم خلاف أبي الخطاب وشيخه انتهى.

وقول الخرقي: اشترى الثمرة. الألف واللام للعهد، أي الجائز بيعها، وذلك بعد بدو صلاحها مطلقاً، وقبله بشرط القطع، (وقوله): دون الأصل، يخرج به ما إذا اشتراها مع الأصل، فإن ضمانها يستقر عليه، لحصولها تابعة لما ضمانه عليه، وهو الأرض. (وقوله): ولحقتها جائحة من السماء. يخرج به الجائحة من آدمي، وكذا قال أبو البركات، وظاهره كقول أبي الخطاب. (وقوله): رجع بها على البائع. هذا فيما قبل تناهي الثمرة، أما إن جذت فلا نزاع في استقرار العقد، ولزوم الضمان للمشتري، وكذلك إن حصل تناهياً، لأن التفريط إذاً من المشتري، وكذلك إن تمكن من قطعها ولم يقطعها، فيما إذا بيعت قبل الصلاح بشرط القطع، قاله أبو البركات، والقاضي فيما حكاه عنه أبو محمد، وهو احتمال له في التعليق، لما تقدم، وزعم فيه أن ظاهر كلام الإمام الوضع أيضاً، اعتماداً على إطلاقه، ونظراً إلى أن القبض لم يحصل.

ثم قول الخرقي: اشترى الثمرة. يشمل ثمرة النخل وغيرها، وأحمد قال ـ فيما حكاه عنه ابن عقيل ـ: إنما الجوائح في النخل، فظاهره إخراج ثمرة الشجرة، لكن قال القاضي: إنما أراد إخراج الزرع، والخضروات إذ لا فرق يظهر بين الشجر، والنخل.

ويخرج من قول الخرقي وأحمد ما عدا الثمار، من الزرع، والخضراوات، فلا وضيعة في ذلك، بل ضمانه على المشتري، وهذا أحد احتمالي القاضي: وقال: إنه الأشبه، بعد أن قال: إنه لا يعرف الرواية في ذلك، وفرق بأن الزرع لا يباع من غير شرط القطع إلا بعد تكامل صلاحه، فإذا تركه بعد فقد فرط، والثمرة تباع بعد بدو الصلاح، وقبل تكاملها على الترك، فلا تفريط. (والثاني): وبه قطع أبو البركات حكم ذلك حكم الثمرة بالقياس عليها.

(تنبيهان): «أحدهما»: ليس من الجائحة إذا استأجر أرضاً للزراعة فزرعها ثم تلف الزرع بغرق أو نحوه، نص عليه أحمد، وقاله الأصحاب، قال أبو محمد: ولا نعلم فيه خلافاً، لأن المعقود عليه منفعة الأرض، وقد استوفيت بالزراعة، والتلف حصل لمال المستأجر، فهو كما لو استأجر بهيمة لحمل متاع، فحملته فتلف أو سرق.

(الثاني): «الجائحة» في اللغة واحدة الجوائح، وهي الآفات التي تصيب الثمار فتتلفها، يقال: جاحهم الدهر يجوحهم، واجتاحهم، إذا أصابهم مكروه عظيم، «وتألى» حلف، و«الدمان» بفتح الدال، وتخفيف الميم، عفن يصيب النخل فيسوده و«المراض» داء يقع في الثمرة فتهلك، يقال: أمرض الرجل. إذا وقع في ماله العاهة، و«القشام» هو أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحا و«إما لا» أصله، إن ما لا. فأدغمت النون في الميم، والمعنى: إن لم يفعل فليكن هذا. وتمال إمالة خفيفة، واللّه سبحانه أعلم.

قال: وإذا وقع البيع على مكيل، أو موزون، أو معدود، فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع، وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض، فإذا تلف فهو من مال المشتري.

ش: المبيع على ضربين، متميز، وغير متميز، فغير المتميز قسمان (أحدهما) مبهم تعلق به حق توفية، كقفيز من هذه الصبرة، ورطل من هذه الزبرة، ونحو ذلك، فهذا يفتقر إلى القبض، على المذهب المعروف، المقطوع به عند عامة الأصحاب، حتى أن بعضهم يقول: رواية واحدة.

١٩٠٧ ـ لما روي عن ابن عمر رضي اللّه عنهما أنه قال: مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع. ذكره البخاري من قول ابن عمر رضي اللّه عنهما تعليقاً، واحتج به أحمد، وقول الصحابي: مضت السنة. ينصرف إلى سنة رسول اللّه ﷺ، وهو يدل بمفهومه على أن المبيع من مال البائع، وفي كلام أبي محمد ما يقتضي حكاية رواية بعدم افتقار ذلك إلى القبض، ولا يتابع عليها. (القسم الثاني): مبهم لم يتعلق به حق توفيه، كنصف العبد، وربع الإناء، وسدس القربة، ونحو ذلك، فاختلف كلام صاحب التلخيص فيه، ففي البلغة أنه كالذي قبله، قال: وإنما يفترقان في أنه لو تلفت الصبرة إلا قفيزاً منها تعين أنه المبيع، بخلاف الجزء المشاع. وفي التلخيص في البيع وفي الرهن جعله من المتميزات، فيه الخلاف الآتي. والمتميز قسمان أيضاً (أحدهما) ما تعلق به حق توفية، كبعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم، وهذا الثوب على أنه عشرة أذرع. فالمشهور عند الأصحاب ـ وبه قطع أبو البركات وغيره ـ أنه كالمبهم الذي تعلق به حق توفية، إناطة بها، قال في التلخيص: وخرج بعض الأصحاب فيه وجهاً أنه كالعبد والثوب، بناء على أن العلة ثم اختلاط المبيع بغيره. قلت: وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور، وذكر له قول الثوري: كل شيء ليس فيه كيل، ولا وزن، ولا عدد، فخراجه، وحمله، ونقصه على المشتري، وكل بيع فيه كيل، أو وزن، أو عدد، فلا بد للبائع أن يوفيه. فقال أحمد: أما العدد فلا، ولكن كل ما يكال ويوزن فلا بد للبائع أن يوفيه، لأن ملكه قائم فيه.

(القسم الثاني) متميز لم يتعلق به حق توفية، كالعبد، والدار، والصبرة، ونحو ذلك من الجزافيات، ففيه روايات.

(إحداهن) ـ وهي الأشهر عن الإمام، والمختار لجمهور الأصحاب ـ عدم افتقار

ذلك إلى القبض، لمنطوق ما تقدم عن ابن عمر.

١٩٠٨ ـ وعن عائشة رضي اللَّه عنها أن النبي ﷺ قضى «أن الخراج بالضمان»(١) رواه الخمسة، أي: حاصل أو ثابت بسبب الضمان، وفي رواية: أن رجلاً ابتاع غلاماً فاستعمله، ثم وجد به عيباً، فرده بالعيب، فقال البائع: غلة عبدي؟ فقال النبي ﷺ: «الغلة بالضمان»(٢) رواه أحمد، وأبو داود وظاهره أن المبيع المتعين من ضمان المشتري، لأنه جعل خراجه له، بسبب أن ضمانه عليه.

(والثانية) افتقار ذلك إلى القبض، حكاها جماعة منهم أبو الخطاب في الانتصار، وأخذها من قول أحمد في رواية الأثرم: إن الصبر لا تباع حتى تنقل. قال: وهي معينة كالعبد والثوب. وأظهر من هذا أخذها من رواية مهنا، فيمن تزوج امرأة على غلام بعينه، ففقئت عين الغلام ولم تقبضه فهو على الزوج، وهذه قال في التلخيص: إنها اختيار ابن عقيل، والذي في الفصول تصحيح الأولى، ثم إنه حكى عن أبي بكر ما يقتضي تأويل الثانية، واختار هو أنها على ظاهرها، وأن عليها لا يكون الضمان على المشتري، وهذا ليس منه اختياراً للرواية، إنما فيه إثباتها، نعم هو يختار أنه لا يجوز التصرف في ذلك قبل قبضه.

١٩٠٩ ـ وبالجملة استدل لهذه الرواية بما روي عن ابن عمر رضي اللَّه عنهما قال: ابتعت زيتاً في السوق، فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني به ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول اللَّه ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم(٣)، رواه أحمد، وأبو داود.

١٩١٠ ـ وعن حكيم بن حزام رضي اللَّه عنه قال: قلت: يا رسول اللَّه إني أبتاع هذه البيوع، فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال «يا ابن أخي إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه» رواه البيهقي في سننه(٤).

(والرواية الثالثة): أن المفتقر من ذلك إلى القبض هو الطعام، وإن كان غير مكيل ولا موزون، على ظاهر ما نقله أحمد بن الحسين الترمذي، وقد سأله عن بيع الفاكهة قبل القبض، فقال: في هذا شيء إن خرج مخرج الطعام، لأن الحديث في الطعام، وأصرح من هذا رواية الأثرم، وسأله عن قوله: نهى عن ربح ما لم يضمن. قال: هذا في الطعام وما أشبهه، من مأكول، أو مشروب، فلا تبعه حتى تقبضه،

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٠٨، والنسائي ٧/ ٢٥٤، وابن ماجه حديث ٢٢٤٢، وأحمد ٦/ ٤٩، ٢٠٨.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٥١٠، وأحمد ٦/ ٨٠، ٢٠٨.
(٣) أخرجه أبو داود حديث ٣٤٩٩، وأحمد ٥/ ١٩١.
(٤) السنن الكبرى ٥/ ٣١٣.

ونحوه نقله المروذي، وهذه الرواية قال ابن عبد البر: إنها الأصح عن إمامنا، وإليها ميل أبي محمد بل ظاهر كلامه إناطة الحكم بها، وعدم النظر إلى كون المبيع مبهماً أو مما تعلق به حق توفية، أو غير ذلك.

١٩١١ ـ وقد استدل لها بما روى ابن عمر رضي اللَّه عنهما، أن رسول اللَّه ﷺ قال: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» قال: وكنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول اللَّه ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه[١].

١٩١٢ ـ وعن ابن عباس رضي اللَّه عنهما أن رسول اللَّه ﷺ نهى أن يبيع الرجل طعاماً حتى يستوفيه، وفي رواية: حتى يكتاله[٢]. متفق عليهما.

١٩١٣ ـ وفي مسلم نحوهما من حديث جابر، وأبي هريرة رضي اللَّه عنه. وهذه الأحاديث شاملة بمنطوقها لكل طعام، ومفهومها أن غير الطعام ليس كذلك، وهو في معنى مفهوم الصفة، لأنه اسم مشتق، لا اسم جامد كزيد ونحوه (والرابعة): المفتقر من ذلك إلى القبض هو المكيل والموزون، بشرط أن يكون مطعوماً، قال في رواية مهنا: كل شيء يباع قبل قبضه، إلا ما كان يكال أو يوزن، مما يؤكل أو يشرب (والخامسة): ـ وهي ظاهر كلام أبي بكر في التنبيه ـ المفتقر من ذلك إلى القبض هو المكيل أو الموزون، أخذاً من نصه في رواية الأثرم: أن الصبر لا تباع حتى تنقل.

والخرقي رحمه اللَّه أناط الحكم بالمكيل، والموزون والمعدود، وظاهره خلاف هذه الأقوال، فيكون قولاً سادساً، ويحتمل أنه أراد ما تعلق به حق توفية، وهو أولى، وفاقاً للمذهب المنصوص. واللَّه أعلم.

واعلم أن أكثر هذه الروايات وأدلتها أخذت من المنع من البيع قبل القبض، أو هو من كون الضمان على البائع، وهو مبني على ما يقوله أكثر الأصحاب، من أن المنع من البيع، ولزوم الضمان للبائع، متلازمان كما سيأتي إن شاء اللَّه تعالى. والمذهب عند العامة أن الذي يفتقر إلى القبض هو ما تعلق به حق توفية دون غيره.

إذا عرف هذا فالمفتقر إلى القبض يكون قبله من ضمان البائع، ولا يجوز لمشتريه التصرف فيه كما سيأتي، وما لا يفتقر إلى قبض من ضمان مشتريه، وله التصرف فيه، سواء قدر على القبض أو لم يقدر، لكن متى منعه البائع منه بعد المطالبة، واتساع الوقت للتسليم، ضمن ضمان غصب، لا ضمان عقد، وليس اللزوم من أحكام القبض، على المذهب كما تقدم، ولا الضمان وعدمه مرتباً على اللزوم، وقول السامري: إذا تم العقد بغير خيار، أو بخيار وانقضت مدته من غير فسخ، فإن كان المبيع غير متميز. إلى آخره، يوهم ترتب الضمان على اللزوم وليس بشيء،

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٢٤، ومسلم ١٠/١٦٩.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢١٢٣، ومسلم ١٠/١٦٨.

وكذلك ليس الملك من أحكام القبض هنا، بل يحصل الملك بمجرد العقد، على المذهب كما تقدم، نص عليه أحمد في رواية محمد بن موسى، في من اشترى قفيزاً من طعام من جملة أقفزة، فهو من مال البائع، فقيل له: أليس قد ملكه المشتري؟ فقال: بلى ولكن هو من ضمان البائع انتهى، وإذاً ما حصل من نماء في يد البائع فهو أمانة في يده للمشتري، إذ النماء تابع للملك.

ومعنى تضمين البائع ما تقدم أنه إن تلف بأمر سماوي بطل العقد فيه، وكان من مال البائع، فيلزمه رد الثمن إن كان قد قبضه، وإلا فلا شيء له، قال القاضي وغيره: على قياس قوله في الثمرة إذا تلفت قبل أخذها بآفة سماوية، وإن تلف بفعل من جهة آدمي، فإن كان المشتري فقد استقر العقد، وتلف من ماله، وإن كان البائع أو أجنبياً خير المشتري بين فسخ العقد والرجوع بالثمن إذا كان قد دفعه، وبين إمضائه ومطالبة متلفه بعوضه، ولأبي محمد في الكافي احتمال بأن تلف البائع يبطل العقد.

وقد يقال: إن ظاهر إطلاق الخرقي بطلان العقد مطلقاً، ونص أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد، في رجل باع ثوباً من رجل، ثم باعه من آخر قبل التفرق، ولما يسلمه للأول، واستهلكه البائع، أخذ بخلاصه، فإن لم يقدر أن يخلصه فعليه قيمته يوم استهلكه، فإن كان ذلك مما يكال أو يوزن فعليه المثل، وظاهر هذا أن التلف إذا كان من جهة البائع ضمنه، ولم يبطل العقد، ولا يخير المشتري، ويتلخص من هذا أن في تلف البائع ثلاثة أقوال، والقاضي قال: يجب أن يحمل هذا النص على أنه اختار الإمضاء، أما إن اختار الفسخ فله ذلك، كما إذا ظهر على عيب بعد القبض، فإنه يخير بين الإمضاء وبين الفسخ. (قلت): وليس هذا نظير المسألة، إنما نظيرها أن يظهر على عيب بعد التلف، وإذاً لا تخيير على المعروف، انتهى.

والعوض مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن لم يكن مثلياً، كما نص عليه أحمد، وقاله جماعة، ووقع لأبي البركات وجماعة أن الواجب القيمة، فقيل: مرادهم كما تقدم، وأرادوا بالقيمة البدل الشرعي. وكان شيخنا ـ رحمه اللّه ورضي عنه ـ القاضي موفق الدين ينصر أن المراد القيمة على ظاهرها، انتصاراً للمجد، إذ هو في كلامه أظهر منه في كلام غيره، ونظراً إلى تحقيقه، ويعلله بما ملخصه: أن الملك هنا استقر على المالية، فلذلك وجبت القيمة، والمثلية لم يستقر الملك عليها، فلذلك لم تجب، ونص ابن سعيد يقطع النزاع. واللّه أعلم.

(تنبيهان): «أحدهما»: إذا اختلط ما تقدم بغيره ولم يتميز، فإنه يبنى على أن الخلط هل هو بمنزلة الإتلاف أم لا؟ فيه وجهان، ومحل ذلك كتاب الغصب، ولو تلف بعض المبيع بآفة سماوية انفسخ في قدره، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة، قال في التلخيص: والذي قطع به الشيخان عدم الفسخ في الباقي، لكن يخير المشتري، لتفريق الصفقة عليه، ثم ظاهر كلام أبي محمد أنه يخير بين قبول كل المبيع ناقصاً ولا

شيء له، وبين الفسخ والرجوع بكل الثمن، وظاهر كلام غيره أن التخيير في الباقي، وأن التالف يسقط ما قابله من الثمن، وإن كان تلف البعض بفعل المشتري كان ذلك بمنزلة قبضه له، وإن كان بفعل البائع أو أجنبي، خير المشتري بين الفسخ والرجوع بكل الثمن، وبين الإمضاء والرجوع على المتلف بعوض ما أتلف، أما إن تعيب ولم يتلف، فإن كان بفعل البائع أو أجنبي، فالمشتري بالخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين الإمضاء ومطالبة المتلف بالأرش، وإن كان بغير فعل آدمي، خير بين أخذه ناقصاً، ولا شيء له، وبين الفسخ والرجوع بالثمن، قاله أبو محمد، وصاحب التلخيص، فلو كان المبيع داراً فتلف سقفها قبل القبض، وقلنا: إنها من ضمان البائع، على الرواية الضعيفة، فهل ذلك بمنزلة العيب، كما لو تلفت يد العبد، أو بمنزلة تلف البعض كأحد العبدين؟ فيه وجهان.

(الثاني): في معنى ما يتعلق به حق توفية ـ وإن لم يكن هو ـ المبيع برؤية أو صفة متقدمة، فإنه من ضمان بائعه حتى يقبضه المبتاع، ذكره ابن أبي موسى وغيره، والله أعلم.

قال: ومن اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه.

ش: قد تقدم أن جمهور الأصحاب جعلوا المنع من البيع والضمان متلازمين، وأن الافتقار إلى القبض علم عليهما، فكل ما افتقر إلى القبض فضمانه على بائعه، ومشتريه ممنوع من بيعه قبل قبضه، وما لا فلا.

١٩١٤ ـ لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن، ومنع من بيع أشياء حتى تقبض، والظاهر أن منعه من ذلك حذاراً من أن يربح فيما لم يضمن، وإذاً إنما يبقى النظر في الممنوع من بيعه قبل قبضه، هل هو كل شيء، كما في حديثي زيد بن ثابت وحكيم بن حزام، وأحاديث المنع من بيع الطعام بعض أفراد ذلك، أو الممنوع من بيعه قبل قبضه هو الطعام دون غيره، إذ لا ريب أن أحاديثه أثبت، ورواته أكثر، أو الممنوع من بيعه قبل قبضه ما تعلق به حق توفية، فقط ما دل عليه قول ابن عمر تضمنه أن المنع من البيع، وتضمين البائع متلازمان، ويحتمله حديث عائشة في المتعين؟ انتهى.

وظاهر كلام ابن عقيل في الفصول أن المنع من البيع غير ملازم للضمان، لأنه حكى أن ما تعلق به حق توفية من ضمان البائع، وفي غيره من المتعينان ـ كالعبد والصبرة ونحوهما ـ روايتان، ثم قال: إذا ثبت أن المبيع المتعين من ضمان مشتريه، فهل يصح بيعه قبل قبضه؟ نقل الأثرم: لا يجوز بيع الصبرة قبل قبضها. ونقل ابن القاسم ما يدل على الجواز، ثم حكى الخلاف أيضاً في المكيل والموزون إذا لم يكن مطعوماً، وفي المطعوم إذا لم يكن مكيلاً، وهذا أيضاً ظاهر ما حكى السامري عن القاضي، فإنه حكى عنه في الصبرة هل هي من ضمان البائع أو من ضمان المشتري؟ على روايتين وأنه هل يجوز للمشتري التصرف فيها قبل القبض؟ على روايتين قال:

الأقيس جواز التصرف، لأنه لم يتعلق به حق توفية، ولو تلف قبل القبض كان من مال المشتري، فهو كالعبد، وظاهر كلاميهما أن الخلاف في جواز التصرف على القول بالضمان، والذي يظهر لي من جهة الدليل عدم التلازم، وأن المتعينات من ضمان المبتاع لظاهر حديث عائشة رضي اللَّه عنها وقول ابن عمر، وغيرها من ضمان البائع، لمفهوم قول ابن عمر، وأن جميع الأشياء يمنع من بيعها قبل قبضها، لحديث زيد بن ثابت، وحكيم بن حزام، إذ الذي منع من بيعه قبل قبضه هو الطعام دون غيره انتهى.

(تنبيهات): «أحدها»: عموم كلام الخرقي المنع للبائع ولغيره، وهو كذلك انتهى، (الثاني): حيث جوزنا البيع قبل القبض فباع قبل أن يقبض فالمشتري الثاني مخير بين أن يطالب به الأول، وبين أن يطالب به الثاني، والثاني يطالب الأول (الثالث): بيان القبض يأتي إن شاء اللَّه تعالى للخرقي في الرهن، فلنتكلم عليه ثم، واللَّه أعلم.

قال: والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع.

ش: الشركة في المبيع بيع بعضه بقسطه من الثمن، بأن يقول: أشركتك في نصفه بنصف الثمن، أو في سدسه بسدس الثمن، ونحو ذلك، والتولية فيه بيع جميعه بكل الثمن، وهما نوعان من أنواع البيع، فما ثبت في البيع ثبت فيهما، وقد ثبت المنع من البيع قبل القبض فيما تقدم، فكذلك فيهما، ومثلهما بيع المرابحة، نحو: رأس مالي فيه مائة، بعتك بها وربح عشرة، والمواضعة، كأن يقول والحال هذه: ووضيعة عشرة. والصلح بمعنى البيع، كأن يقر له بمائة فيعطيه عنها عرضاً، ونحو ذلك، والهبة بثواب، لأن المغلب فيها حكم البيع، على المذهب، والإجارة، لأنها بيع في الحقيقة، ويتصور في ذلك في الأواني الموزونة، وفي المبهم في الموزون، كرطل من صنجة حديد، وفي المعين على رواية اعتبار القبض فيه، وعليها التزويج كالإجارة، قاله في التلخيص، والقسمة حيث قيل إنها بيع، والخرقي رحمه اللَّه ذكر الشركة والتولية على سبيل التمثيل، أما الحوالة فقد منع الخرقي منها فيحتمل لأنها عنده بيع، ويحتمل وإن قيل: إنها عقد مستقل. لأنه تصرف في المبيع المفتقر إلى القبض قبل قبضه، فلم يجز كالبيع، ويكون الخرقي قد نبه بهذه الصورة على بقية التصرفات، وهذا أوفق لعبارة القاضي، وأبي الخطاب وغيرهما، لقولهم: يجوز التصرف في المبيع المتعين قبل قبضه، ولا يجوز فيما لم يتعين قبل قبضه، إلا أن القاضي وأبا الخطاب وقع في أثناء كلامهما استثناء العتق يريدان على القول بأن جميع الأشياء تفتقر إلى القبض، وقد صرح باستثناء العتق أيضاً صاحب التلخيص وغيره، وحكى صاحب التلخيص عن القاضي وابن عقيل أنهما ذكرا في موضع أن رهن ما افتقر إلى القبض يصح بعد قبض الثمن، لأن قبضه قد صار مستحقاً من غير خلاف، وخرج هو على ذلك الهبة بغير ثواب، وفي هذا التعليل نظر، لأن مقتضاه جواز كل التصرفات في المفتقر إلى القبض

بعد قبض ثمنه، لاستحقاق قبضه، واللَّه أعلم.

قال: وليس كذلك الإقالة، لأنها فسخ، وعن أبي عبد اللَّه رحمه اللَّه: الإقالة بيع.

ش: أي ليست الإقالة كالتولية والشركة ونحوهما، لما علل به من أنها فسخ، والممنوع منه إنما هو البيع وما في معناه، (والرواية الثانية) الإقالة بيع، أي في معناه، فتلحق بالتولية والشركة ونحوهما، وقد فهم من كلام الخرقي وتعليله إناطة الحكم بالبيع وما في معناه، وإذاً ظاهره مخالف لما تقدم من قول القاضي وغيره.

(تنبيه): المشهور من الروايتين ـ وهو اختيار جمهور الأصحاب، القاضي، وعامة أصحابه، وأبي الحسين، وأبي محمد، وحكاه عن أبي بكر ـ الذي قدمه الخرقي، لأن الإقالة هي الرفع والإزالة، يقال: أقالك اللَّه عثرتك. أي أزالها.

١٩١٥ ـ قال ﷺ: «من أقال نادماً أقاله اللَّه عثرته» رواه أبو داود[(١)]، والرفع والإزالة غير البيع، إذ هو عقد، وهي رفع له فهما ضدان، ومن ثم لا يحصل أحدهما بلفظ الآخر، وجازت الإقالة في المسلم فيه، مع الاتفاق على أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه، (والثانية) وهي اختيار أبي بكر في التنبيه، وعللها بأنها إزالة ملك إلى مالك، ويريد فيه بعوض على وجه التراضي، وإذاً هي في معنى البيع، فتلحق به.

وللخلاف فوائد، (منها) أن على الأول يجوز قبل القبض فيما يعتبر له القبض، ولا يحتاج إلى كيل ثان، وحكى أبو محمد عن أبي بكر أنه لا بد فيها من كيل ثان إقامة للفسخ مقام البيع، والذي في التنبيه إيجاب الكيل على القول بأنها بيع، لا على القول بأنها فسخ، (ولا تجوز) إلا بمثل الثمن، (ولا تستحق) بها شفعة، (ولا يحنث) بفعلها فيما إذا حلف لا يبيع فأقال، (ويكون النماء) للبائع، قاله القاضي في الجامع الصغير، وعلى الثانية تنعكس هذه الأحكام إلا بمثل الثمن في أحد الوجهين، أما وجوب الاستبراء على البائع إذا عادت إليه بإقالة فالذي قطع به أبو بكر في التنبيه وجوبه على القول بأن الإقالة بيع، وكذلك الشيرازي قطع بالوجوب وقاله وبنى المسألة على أن الإقالة بيع، ومقتضى كلاميهما عدم الوجوب إن لم يقل إنها بيع، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن القاسم وابن بختان وجوب الاستبراء مطلقاً، ولو قبل القبض، وهو مختار القاضي وجماعة من أصحابه، إناطة بالملك، واحتياطاً للأبضاع، ونص في رواية أخرى أن الإقالة إن كانت بعد القبض والتصرف وجب الاستبراء، وإلا لم يجب، وكذلك حكى الرواية القاضي، وأبو محمد في الكافي، والمغني، وكأن أحمد رحمه اللَّه لم ينظر في هذه إلى انتقال الملك، إنما نظر إلى الاحتياط.

والعجب من أبي البركات، حيث لم يذكر: قبل التفرق، مع جودته وتصريح

---

(١) سنن أبي داود حديث ٣٤٦٠.

الإمام به، لكنه قيد المسألة بقيد لا بأس به، وهو بناؤها على القول بانتقال الملك، أما لو كانت الإقالة في بيع خيار وقلنا: ولم ينتقل الملك. فظاهر كلامه أن الاستبراء لا يجب، وإن وجد القبض، ولم يعتبر أبو البركات أيضاً القبض فيما إذا كان المشتري لها امرأة، بل حكى فيها الروايتين وأطلق، وخالف أبا محمد في تصريحه بأن المرأة بعد التفرق كالرجل، ونص أحمد الذي فرق فيه بين التفرق وعدمه وقع في الرجل، واللَّه أعلم.

قال: وإذا اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها.

ش: وذلك لما تقدم من حديث ابن عمر رضي اللَّه عنهما وغيره أن رسول اللَّه ﷺ قال: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» وقال ابن عمر: كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول اللَّه ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه. وهذا يقال: إنه استفيد مما تقدم، بناء على أن مراد الخرقي بالكيل ما تعلق به حتى توفية وغيره، وهو ظاهر ما شرح عليه أبو محمد وغيره، وقد يقال بالمنع هنا وإن قيل: إنه من ضمان المشتري، اتباعاً لإطلاق النص.

(تنبيه): «الصبرة» قال الأزهري: هي الكومة المجموعة من الطعام. قال: وسميت صبرة لإفراغ بعضها على بعض. واللَّه أعلم.

قال: ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة.

ش: هذا منصوص أحمد رحمه اللَّه، وعليه الأصحاب، حذاراً من تغرير المشتري وغشه، إذ البائع لا يفعل ذلك غالباً ـ والحال هذه ـ إلا لذلك، والغش حرام.

١٩١٦ ـ قال ﷺ: «من غشنا فليس منا»[(١)].

١٩١٧ ـ وقد روي أن النبي ﷺ قال: «من عرف مبلغ شيء فلا يبعه جزافاً حتى يبينه» وهذا نص في المسألة، وعن مالك رحمه اللَّه أنه قال: لم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك.

وعن أحمد رحمه اللَّه ما يدل على كراهة ذلك وإساءة فاعله، من غير تحريم، إذ المشتري يحتاط لنفسه، فلا يشتري ما يجهله، وإذا اشترى مع الجهل فالتفريط منسوب إليه، وعلى هذه الرواية البيع صحيح لازم، نص عليه، أما على الأولى فهل يفسد البيع لأجل النهي، وبه قطع أبو بكر في التنبيه، وطائفة من الأصحاب، أو لا يفسد، وهو قول القاضي، وكثير من أصحابه، إذ قصاراه أنه تدليس، وهو غير مفسد، بدليل حديث المصراة؟ فيه وجهان، ثم على القول بالصحة إن علم المشتري بعلم البائع فلا خيار له، لدخوله على بصيرة، وإن لم يعلم فله الخيار كالتدليس، ولو انفرد المشتري

---

(١) أخرجه مسلم ١٠٨/٢، وأبو داود حديث ٣٤٥٢، وابن ماجه حديث ٢٢٢٤، وأحمد ٢٤٢/٢.

بالعلم دون البائع فحكمه حكم انفراد البائع بذلك، في أنه ينهى عن الشراء، وإذا اشترى ففي صحة شرائه الخلاف السابق، أما مع علمهما فعموم كلام الخرقي يقتضي المنع من ذلك أيضاً، وقد غالى أبو بكر فجزم بالبطلان فيه، وهو أحد الوجهين على القول بالبطلان مع علم أحدهما، حكاهما في التلخيص، وأما مع جهلهما فيصح البيع بلا تردد، كما فهم ذلك من كلام الخرقي، وقد دل عليه حديث ابن عمر وغيره. ولا فرق عندنا بين عين الأثمان والمثمنات.

ولا يشترط معرفة باطن الصبرة، دفعاً للحرج والمشقة، اعتماداً على تساوي أجزائها غالباً، بخلاف الثوب ونحوه، وشرط أبو بكر في التنبيه لجواز بيع الصبرة تساوي موضعها، فإن لم يتساوَ لم يجز، إلا أن يكون يسيراً يتغابن بمثله، وعامة الأصحاب لا يشترطون ذلك، وعندهم أنه إن ظهر تحتها ربوة أو فيها حجر ونحو ذلك مما يتغابن بمثله في مثلها، ولم يعلم به المشتري، فله الخيار بين الرد والإمساك، كما لو وجد باطنها رديئاً، نص عليه أحمد، ولابن عقيل احتمال أنه يرجع بمثل ما فات، إذا أمكن تحقيق ذلك أو حزره، وإن بان تحتها حفرة تأخذ العين المذكورة أو بان باطنها خيراً من ظاهرها، فلا خيار للمشتري، وللبائع الخيار إن لم يعلم، ولأبي محمد احتمال أنه لا خيار له، إذ الظاهر علمه بذلك، ولابن عقيل احتمال أنه يأخذ منها ما حصل في الانخفاض، حتى يتساوى وجه الأرض، واختار صاحب التلخيص أن حكم الأولى حكم ما لو باعه أرضاً على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة، وحكم الثانية حكم ما لو باعه أرضاً على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر، والله أعلم.

قال: وإذا اشترى صبرة على أن كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز.

ش: لأن المبيع معلوم بالمشاهدة، وقدر ما يقابل كل جزء من المبيع من الثمن معلوم، فصح للعلم بالعوض.

١٩١٨ ـ وعن علي رضي الله عنه أنه أجر نفسه كل دلو بتمرة، وجاء إلى النبي ﷺ بالتمر فأكل[(١)]، والله أعلم.

باب المصراة وغير ذلك

ش: معنى التصرية عند الفقهاء أن يجمع اللبن في ضرع البقرة أو الشاة ونحوهما اليومين والثلاثة، حتى يعظم، فيظن المشتري أن ذلك لكثرة اللبن، وإذاً هي المصراة، والمحفلة أيضاً، يقال: ضرع حافل. أي عظيم، والحفل الجمع العظيم، واختلف في معناها لغة فقال الشافعي رحمه الله تعالى: التصرية أن تربط أخلاف الناقة أو الشاة، ويترك حلبها اليومين والثلاثة، حتى يجتمع لبنها، فيزيد المشتري في ثمنها لما يرى من

(١) أخرجه أحمد ١/ ١٣٥، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١١٩.

ذلك. وقال أبو عبيد: المصراة هي الناقة، أو البقرة، أو الشاة يصرى اللبن في ضرعها، أي يجمع ويحبس. قال: ولو كانت من الربط لقيل فيها: مصرورة. وإنما جاءت مصراة وهذا هو المشهور. وقال الخطابي: قول أبي عبيد حسن، وقول الشافعي صحيح، والعرب تصر الحلوبات، وتسمي ذلك الرباط صراراً، واستشهد بقول العرب: العبد لا يحسن الكر، وإنما يحسن الحلب والصر. انتهى.

والتصرية حرام، إذا قصد بها التدليس على المشتري لما سيأتي ولأنها غش وخديعة، وقد قال ﷺ: «من غشنا فليس منا».

١٩١٩ ـ وقوله ﷺ: «بيع المحفلات خلابة، ولا تحل الخلابة لمسلم»[(١)].

وقول الخرقي: وغير ذلك. أي مما إذا وجد بالمبيع عيباً، لأن ذلك يقع عن تدليس وعن غيره، ومن اختلاف المتبايعين، ومن بيوع منهى عنها، ونحو ذلك مما ستقف عليه، إن شاء اللَّه تعالى، واللَّه أعلم.

قال: ومن اشترى مصراة وهو لا يعلم، فهو بالخيار بين أن يقبلها، أو يردها وصاعاً من تمر.

١٩٢٠ ـ ش: الأصل في هذا ما روى أبو هريرة رضي اللَّه عنه قال: قال رسول اللَّه ﷺ «لا تصروا ـ وفي رواية ـ لا تصر الإبل والغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين، بعد أن يحلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»[(٢)] متفق عليه.

١٩٢١ ـ وعن ابن مسعود رضي اللَّه عنه «من اشترى محفلة فردها فليرد معها صاعاً» رواه البخاري[(٣)]، والبرقاني على شرطه وزاد «من تمر».

١٩٢٢ ـ وروي نحوه من حديث ابن عمر وأنس.

ولا يقال: إن هذا مخالف لقواعد كلية، (منها) أن اللبن مثلي، والتمر ليس بمثل له، والقاعدة ضمان المثلي بمثله لا بغيره، (ومنها) أن الصاع محدود، واللبن ليس بمحدود، فإنه يختلف بالقلة والكثرة، والقاعدة أن الضمان على قدر الذهاب، ثم لما عدل عن المثل إلى غيره فقد يجيء به نحو المتابعة، فهو بيع الطعام بالطعام غير يد بيد، فهو الربا، لأنا نقول: حديث المصراة أصل مستثنى من تلك القواعد، لمعنى يخصه، وبيانه أن اللبن الحادث بعد العقد ملك للمشتري، فيختلط باللبن الموجود حال العقد، وقد يتعذر الوقوف على قدره، فاقتضت حكمة الشرع أن جعل ذلك مقدراً، لا

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٢٤١، وأحمد ١/ ٤٣٣.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢١٤٠، ومسلم ١٠/ ١٦٠.
(٣) صحيح البخاري حديث ٢١٤٩.

يزيد ولا ينقص، دفعاً للخصام، وقطعاً للمنازعة، وإنما خص ذلك ـ واللَّه أعلم ـ بالطعام لأنه قوت كاللبن، وجعل تمراً لأنه غالب قوتهم، ولا يحتاج في تقوته إلى كلفة، ومن ثم ـ واللَّه أعلم ـ وصفه بقوله: «لا سمراء» دفعاً للحرج في تكلف السمراء، لقلتها عندهم، ثم لا نظر للقياس مع وجود النص.

وقد عارض بعضهم حديث المصراة بقوله «الخراج بالضمان»[1] ونشأ له ذلك من جعله التمر في مقابلة اللبن الحادث بعد العقد، وهو ممنوع، وإنما هو في مقابلة الموجود حال العقد.

١٩٢٣ ـ بدليل ما في البخاري وأبي داود في الحديث «من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر»[2] على تقدير تسليم أنه في مقابلة الحادث ـ وإنه لبعيد ـ فهو عام، وحديث المصراة خاص، ولا معارضة بين العام والخاص انتهى.

وقول الخرقي: مصراة. يشمل بعمومه الآدميات، والأتان، والفرس، وهو أحد الوجهين، واختيار ابن عقيل، اعتماداً على عموم الحديث، ونظراً إلى أن الثمن يختلف بذلك، (والثاني): لا يثبت، ويحتمله كلام الخرقي بعد في قوله: وسواء كان المشتري ناقة، أو بقرة، أو شاة. لاقتصاره على ذلك، وزعم ابن البنا ـ تبعاً لشيخه ـ أنه قياس المذهب، بناء منهما على أن لبن الآدمية لا يجوز بيعه، وذلك لأن لبن ما ذكر لا يعتاض عنه عادة، ولذلك لا يجب في مقابلته شيء، ولا يقصد قصد بهيمة الأنعام، والخبر ورد فيما يقصد عادة.

وقوله: وهو لا يعلم. يخرج ما إذا علم التصرية، فإنه لا خيار له، وهو كذلك لعلمه بالعيب.

وقوله: فهو بالخيار، أي إذا علم بالتصرية، إذ ثبوت أمر لشخص يعتمد علمه به. ثم كلامه يشمل قبل الحلب، ويعلم ذلك ببينة، أو بإقرار من البائع، وإذاً له الرد عندنا ولا شيء عليه، بناء على ما تقدم من أن التمر في مقابلة اللبن الموجود حال العقد، ولا وجوب للبدل مع وجود المبدل، وهذه الصورة تستثنى من كلام الخرقي.

ويشمل أيضاً ما إذا حلب اللبن وأراد رده، فإنه لا يجزئه إلا التمر، وهذا أحد الوجوه، وهو الذي جعله أبو الخطاب وأبو البركات مذهباً، نظراً لإطلاق الحديث، (والثاني) يجزئه رده، ولا شيء عليه وإن تغير، لما تقدم من أن البدل إيجابه منوط بعدم المبدل، والمبدل موجود، وإن حصل نقص فبتدليس البائع، (والثالث) ـ وهو اختيار القاضي، وأبي محمد ـ إن كان اللبن بحاله لم يتغير فكالثاني، لما تقدم، وإن

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٩٠٨.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢١٥١، وأبو داود حديث ٣٤٤٥.

تغير فكالأول، دفعاً للضرر عن البائع.

ويشمل أيضاً ما إذا صار لبنها عادة، ومراده ـ واللَّه أعلم ـ بالحكم الذي حكم به صورة واحدة، وهو ما إذا حلبها ولم يصر لبنها عادة، أما إذا صار لبنها عادة فلا خيار، لزوال العيب الذي لأجله ثبت الرد، وهذه الصورة أيضاً مستثناة من كلام الخرقي.

وقول الخرقي: بين أن يقبلها. ظاهره ولا أرش له، وهو المشهور عند الأصحاب، وظاهر الحديث.

١٩٢٤ ـ وفي رواية لمسلم «إذا ما اشترى أحدكم لقحة مصراة، أو شاة مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إما هي، وإلا فليردها وصاعاً من تمر»[١] (وعن أحمد) في رواية ابن هانىء: إن شاء رجع عليه بقدر العيب، وكذا ذكر أبو بكر في التنبيه، وتبعه الشيرازي، وصاحب التلخيص فيه قياساً علىٰ بقية العيوب.

وقوله: وصاعاً من تمر. يقتضي أنه لا يجزئه غيره، وهو كذلك اتباعاً للنص، وما ورد في الحديث «صاعاً من طعام» فالمراد به ـ واللَّه أعلم ـ التمر، إذ في رواية أخرى «صاعاً من طعام لا سمراء» وما ورد في حديث ابن عمر ـ وسيأتي إن شاء اللَّه ـ «فإن ردها رد معها مثل ـ أو قال ـ مثلي لبنها قمحاً» أشار البخاري إلى تضعيفه، ويؤيد ضعفه أنه لا قائل به، وقال الشيرازي: الواجب أحد شيئين، صاع من تمر، أو صاع من قمح.

١٩٢٥ ـ لأن في حديث رواه البيهقي[٢]، عن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى، عن رجل، عن النبي ﷺ أنه قال «من اشترى مصراة فهو بخير النظرين، فإن حلبها ورضيها أمسكها، وإن ردها رد معها صاعاً من طعام، أو صاعاً من تمر» والطعام إذا أطلق غالباً يراد به البر، ويجاب أنه بعد تسليم صحته محمول على أنه شك من الراوي، توفيقاً بين الأحاديث، ويعين ذلك قوله في حديث أبي هريرة في صحيح مسلم «صاعاً من طعام لا سمراء».

وإطلاق الخرقي يقتضي وجوب التمر وإن زادت قيمته على قيمة الشاة، وهو كذلك للخبر، والواجب فيه أن يكون سليماً من العيب، لأن الإطلاق يقتضي السلامة.

(تنبيهان): «أحدهما»: لم يبين الخرقي رحمه اللَّه مقدار الخيار، وكذلك جماعة، وقال أبو الخطاب في الهداية: عندي أنه إذا تبين له التصرية ثبت له الرد، قبل الثلاث وبعدها، إلحاقاً لها بالعيوب. ويتخرج من قوله قول آخر أن الخيار على الفور، بناء

---

(١) أخرجه مسلم ١٠/١٦٧، وأحمد ٢/٣١٧.

(٢) السنن الكبرى ٥/٣١٩.

على القول به ثم، وقدره ابن أبي موسى، والقاضي، وأبو البركات، وغيرهم بثلاثة أيام.

١٩٢٦ ـ لأن في الحديث في رواية مسلم وغيره «من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام»[(١)].

١٩٢٧ ـ وعن ابن عمر رضي اللَّه عنهما، أن رسول اللَّه ﷺ قال «من باع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام»، فإن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً» رواه أبو داود[(٢)]، ثم اختلف هؤلاء فقال القاضي ـ وزعم أبو محمد أنه ظاهر كلام أحمد ـ: الثلاثة أيام مضروبة لتتبين بها التصرية، إذ في اليوم الأول لبنها لبن التصرية، وفي الثاني والثالث يجوز أن يكون نقص لاختلاف العلف، وتغير المكان، فإذا مضت الثلاثة تحققت التصرية غالباً، فيثبت الخيار إذاً على الفور، وقال ابن أبي موسى ـ على ظاهر كلامه ـ وأبو البركات: له الخيار في الثلاثة أيام إلى انقضائها. وهذا هو ظاهر الحديث، وعليه المعتمد، وهو عكس قول القاضي، ثم إن أبا البركات صرح بأن ابتداء المدة بتبين التصرية، وهو ظاهر قول ابن أبي موسى قال: هو بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء ردها، وإن شاء أمسكها. ولا عبرة بما أوهمه كلام أبي محمد في الكافي أن ابتداءها على قول ابن أبي موسى من حين البيع.

(الثاني): «تصروا» الرواية الصحيحة فيه ضم التاء، وفتح الصاد، وتشديد الراء المضمومة، بعدها واو الجمع، نحو ﴿فَلَا تُزَكُّوٓا۟ أَنفُسَكُمْ﴾ [النجم: ٣٢] من: صراها يصريها تصرية، كزكاها يزكيها تزكية، وأصل «تصروا»: تصريوا. استثقلت الضمة على الياء، فنقلت إلى ما قبلها، لأن واو الجمع لا يكون ما قبلها إلا مضموماً، فانقلبت الياء واواً، فاجتمع ساكنان فحذفت الواو الأولى وبقيت واو الجمع، «والإبل» نصب على أنه مفعول تصروا، وفيه رواية أخرى «لا تصروا الإبل» بفتح التاء، وضم الصاد، من: صريصر. «والغنم» على هذا أيضاً منصوبة الميم، وروي ثالثة «لا تصر الإبل» بضم التاء بغير واو بعد الراء، وبرفع الإبل على ما لم يسم فاعله، من الصر أيضاً وهو الربط، وهاتان الروايتان يجيئان على تفسير الشافعي، والأولى على تفسير أبي عبيد «والمحفلة» قد تقدم تفسيرها، «والسمراء» حنطة الشام، والبيضاء حنطة مصر، وقيل: السمراء الحنطة مطلقاً، والبيضاء الشعير. «واللقحة» بفتح اللام وكسرها ـ وهو أفصح ـ الناقة القريبة العهد بالولادة، بنحو الشهرين والثلاثة، واللَّه أعلم.

قال: فإن لم يقدر على التمر فقيمته.

ش: من وجب عليه شيء فعجز عنه رجع إلى بدله، وبدل المثلي عند إعوازه هو

(١) أخرجه مسلم ١٠/ ١٦٥، والنسائي ٧/ ٢٥٤، وابن ماجه حديث ٢٢٣٩، والدارمي ٢/ ٢٥١.

(٢) سنن أبي داود حديث ٣٤٤٦.

القيمة، كما هو مقرر في موضعه، وتجب قيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد، والله أعلم.

قال: وسواء كان المشتري ناقة، أو بقرة، أو شاة.

ش: لا نزاع عندنا نعلمه في ذلك، لورود النص به في الإبل والغنم، ولبن البقر أغزر، فيثبت الحكم فيه بطريق التنبيه، ثم عموم «مصراة» يشمل الجميع، والله أعلم.

قال: وإذا اشترى أمة ثيباً فأصابها أو استغلها ثم ظهر على عيب كان مخيراً بين أن يردها ويأخذ الثمن كاملاً، لأن الخراج بالضمان، والوطء كالخدمة، وبين أن يأخذ ما بين الصحة والعيب.

ش: هذا يبنى على قواعد، فنشير إليها، ثم نتعرض للفظ المصنف.

(منها): أن المذهب المشهور ـ حتى أن أبا محمد لم يذكر فيه خلافاً ـ أن من اشترى معيباً لم يعلم عيبه ثم علم ذلك فإنه يخير بين الرد، وبين الإمساك وأخذ الأرش.

أما الرد فلا نزاع فيه نعلمه، دفعاً للضرر عن المشتري، إذ إلزامه بالعقد والحال هذه ضرر عليه، والضرر منفي شرعاً.

١٩٢٨ ـ وعن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبي ﷺ، وفيه عيب لم يعلم به، فاستغله، ثم علم العيب فرده، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله ﷺإنه استغله منذ زمن، فقال رسول الله ﷺ: «الغلة بالضمان»[١] رواه أبو داود وغيره، وهذا يدل على أن العيب سبب للرد.

١٩٢٩ ـ وعن العداء بن خالد رضي الله عنه قال: كتب لي رسول الله ﷺ: «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة من رسول الله، اشترى منه عبداً أو أمة، لا داء، ولا غائلة ولا خبثة، بيع المسلم للمسلم»[٢] رواه الترمذي وابن ماجه وهذا يدل على أن بيع المسلم هذا حاله، وأيضاً ما ثبت من أحاديث المصراة المتقدمة.

وأما الإمساك وأخذ الأرش فلأن البائع والمشتري تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض، ومع وجود العيب قد فات جزء من المعوض، فيرجع ببدله وهو الأرش. (وعن أحمد) رواية أخرى ـ اختارها أبو العباس ـ وهي أصح نظراً ـ: لا أرش لممسك له الرد، حذاراً من أن يلزم البائع ما لم يرض به، فإنه لم يرض بإخراج ملكه إلا بهذا العوض، فإلزامه بالأرش إلزام له بشيء لم يلتزمه، ويوضح هذا ويحققه المصراة، فإن النبي ﷺ لم يجعل فيها

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٩٠٨.
(٢) أخرجه الترمذي ١٢٣٤، وابن ماجه حديث ٢٢٥١.

أرشاً، ودعوى أن التصرية ليست عيباً ممنوع، انتهى.

والأرش ما بين قيمة الصحيح والمعيب منسوباً إلى الثمن، وبيانه أن يقال مثلاً فيما اشترى بمائة وخمسين: كم يساوي هذا وهو صحيح؟ فإذا قيل: مائة. قيل: وكم يساوي وهو معيب؟ فإذا قيل: تسعين. فما بين القيمتين هو العشر، فإذا نسبت ذلك إلى الثمن وجدته ـ والحال هذه ـ خمسة عشر درهماً، فهو الواجب للمشتري، ولو كان الثمن خمسين درهماً لكان عشرة خمسة دراهم، فهو الواجب له، وإنما نسب إلى الثمن، ولم يجعل ما بين القيمتين من غير نسبة، لئلا يجتمع للمشتري العوض والمعوض، كما لو اشترى شيئاً بمائة، ثم وجد به عيباً، وكانت قيمته وهو صحيح مائتين وقيمته وهو معيب مائة، فما بينهما مائة، فلو أوجبت المائة للمشتري لاجتمع له العوض والمعوض وعلى ما تقدم لا يلزم ذلك، إذ يجب له والحال هذه نصف الثمن، ولا فرق فيما تقدم بين علم البائع بالعيب وعدمه.

(تنبيه): هل يملك المشتري أخذ الأرش من عين الثمن أو لا يملكه؟ فيه احتمالان ذكرهما في التلخيص. (القاعدة الثانية) أن المبيع المعيب تعيبه عند المشتري هل يمنع من رده؟ فيه نزاع يأتي إن شاء اللّه تعالى، واختلف في وطء الثيب هل هو عيب، لأنه نقص في الجملة، أو ليس بعيب، وهو اختيار العامة، لأنه لم يحصل به نقص جزء ولا صفة، وكما لو كانت مزوجة فوطئها الزوج؟ على روايتين، وعلى الأولى فإن لم يمنع العيب الرد فالأرش هنا هو مهر المثل.

(القاعدة الثالثة): أن المبيع إذا زاد وأراد المشتري رده بعيب وجده فهل يلزمه رد الزيادة؟ لا يخلو إما أن تكون متصلة كالسمن وتعلم صنعة، أو منفصلة كالولد والكسب، فإن كانت متصلة فلا يتصور مع الرد إلا ردها، لكن هل يكون له قيمتها لحدوثها عن ملكه، وتعذر فصلها، أو لا قيمة لها، لئلا يلزم البائع معاوضة لم يلتزمها، وهو قول عامة الأصحاب؟ على قولين، وعن ابن عقيل: القياس أن له القيمة، بناء على قولهم في الصداق، إذا زاد زيادة متصلة، ثم وجد ما يقتضي سقوطه أو تنصفه، فإن المرأة لها أن تمسك ذلك وترد القيمة أو نصفها، قلت: وفي هذا القياس نظر، وإنما قياس الصداق أن المشتري يمسك ويرد قيمة العين، نعم ما يحكى عن ابن عقيل سيأتي أنه رواية منصوصة أو ظاهرة.

وإن كانت الزيادة منفصلة فلا يخلو إما أن تكون حدثت من عين المبيع، كالولد والثمرة، أو لم تكن، كالأجرة والهبة، ونحو ذلك، (فالثاني) فيما نعلمه لا نزاع أن للمشتري إمساكه، ورد المبيع دونه، ولا عبرة بما أوهمه كلام أبي محمد في الكافي، من أن فيه الخلاف الآتي، فإنه في المغني لم يذكر فيه عن أحد خلافاً، أما (الأول) ـ وهو ما إذا كانت الزيادة من عين المبيع ـ، فالمنصوص، والمعمول عليه عند الأصحاب ـ حتى أن أبا محمد في المغني جزم به ـ أن الحكم كذلك، الزيادة للمشتري فيرد

المبيع دونها.

١٩٣٠ ـ لحديث عائشة رضي اللَّه عنها قالت: قال رسول اللَّه ﷺ: «الخراج بالضمان» وفي رواية: قضى أن الخراج بالضمان. رواه أبو داود وغيره، وقد ورد في المسند وسنن أبي داود، وابن ماجه، أن الحديث ورد على مثل هذا، فعن عائشة رضي اللَّه عنها: أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبي ﷺ، وبه عيب لم يعلم به، فاستغله ثم علم العيب، فخاصمه إلى النبي، فقال: يا رسول اللَّه إنه استغله منذ زمان، فقال رسول اللَّه ﷺ «الغلة بالضمان»[1] وقضية السبب داخلة في العموم قطعاً.

وحكى القاضي وجماعة من أصحابه، والشيرازي، والشيخان، وغير واحد، عن أحمد رواية أخرى، أنه يلزم البائع رد النماء مع الأصل، جعلا للنماء كالجزء من الأصل، ونظراً إلى أن الفسخ رفع للعقد من أصله حكماً، ويرد عليه الكسب ونحوه، وهذه الرواية قال أبو العباس: إن القاضي وأصحابه أخذوها من نص أحمد في رواية ابن منصور، فيمن اشترى سلعة فنمت عنده، فبان بها داء، فإن شاء المشتري حبسها ورجع بقدر الداء، وإن شاء ردها ورجع عليه بقدر النماء، فجعلوا الراجع بقدر النماء هو البائع، قال: وكذا صرح به ابن عقيل في النظريات، قال أبو العباس: وهو غلط، بل الراجع المشتري على البائع بقدر النماء، فإن قوله: نمت عنده، ظاهر في النماء المتصل، ولو فرض أنه غير المتصل فلم يذكر أنه تلف بيد المشتري، والأصل بقاؤه، قال: فتكون هذه الرواية أن الزيادة المتصلة لا يجب على المشتري الرد بها، بل له إذا إراد رد العين أن يأخذ من البائع قيمة الزيادة. انتهى.

ويستثنى على المذهب إذا كانت الزيادة ولد أمة، فإنه يتعذر على المشتري الرد، لتعذر التفرقة الممنوع منها شرعاً، هذا اختيار الشيخين، وظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور، لكن إذا اختار ردهما معاً فهل يلزم البائع القبول؟ يحتمل وجهين، الظاهر اللزوم، وقال الشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما، وشيخهما فيما أظن في تعليقه: له إمساك الولد ورد الأم، لأنه موضع حاجة، وهو ممنوع، للتمكن من الأرش.

إذا عرف ذلك رجعنا إلى لفظ المصنف رحمه اللَّه، فقوله: إذا اشترى أمة ثيباً. يحترز عن البكر كما سيأتي، وقوله: فأصابها أو استغلها. لأنه إذا لم يصبها ولم يستغلها المبيع بحاله ولا كلام، وقوله: ثم ظهر على عيب، يخرج ما إذا كان عالماً حال العقد، لدخوله على بصيرة، وإذاً لا رد له ولا أرش، وقوله: كان مخيراً. إلى آخره، مبني على القواعد الثلاث المتقدمة، وهي أن مشتري المبيع المعيب غير عالم بعيبه يخير بين الرد، والإمساك مع الأرش، وأن وطء الثيب ليس بعيب، وأن الغلة للمشتري، ولا يمنع الرد، وقوله: لأن الخراج بالضمان. تعليل لأن الغلة للمشتري،

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٩٠٨.

وقوله: والوطء كالخدمة. بيان لأن الوطء ليس بعيب. والألف واللام في الوطء لمعهود تقدم، وهو وطء الثيب، والله أعلم.

قال: فإن كانت بكراً فأراد ردها كان عليه ما نقصها.

ش: أي فأراد ردها بعدما أصابها، ولا إشكال أن وطء البكر يعيبها عرفاً، وينقصها حساً، لأنه يذهب جزءاً منها، وإذاً فقد تعيب المبيع عنده، فهل يمنعه ذلك من الرد إذا اطلع على عيب؟ فيه روايتان مشهورتان، (أشهرهما) عن الإمام ـ وهو اختيار الخرقي، والقاضي أبي الحسين، وأبي الخطاب في الانتصار، وأبي محمد، وغيرهم، قال في التلخيص: هي المشهورة، وعليها الأصحاب ـ: أن ذلك لا يمنع الرد، لما تقدم من حديث المصراة، فإن النبي ﷺ جعل للمشتري الرد، مع ذهاب جزء من المبيع وهو اللبن، وجعل التمر بدله.

١٩٣١ ـ وروى الخلال بسنده، عن ابن سيرين، أن عثمان رضي الله عنه قال ـ في رجل اشترى ثوباً ولبسه، ثم اطلع على عيب ـ: يرده وما نقص. فأجاز الرد مع النقصان، وعليه اعتمد أحمد.

١٩٣٢ ـ وعن عمر رضي الله عنه نحو ذلك أيضاً، قال: إن كانت ثيباً رد معها نصف العشر، وإن كان بكراً رد العشر. لكنه ضعيف، ولهذا لم يعتمده الإمام، ولأن ثبوت الرد كان ثابتاً له قبل حدوث العيب عنده، والأصل البقاء ما لم يأت دليل، ثم الحمل على البائع أولى، لأنه إما مدلس، أو مفرط، حيث لم يختبر ملكه. (والثانية) ـ واختارها أبو بكر، وابن أبي موسى، وأبو الخطاب في خلافه الصغير ـ يمنع ذلك الرد، إذ الرد كان لإزالة الضرر عنه، ومع وجود العيب يلحق الضرر بالبائع، والضرر لا يزال بالضرر.

١٩٣٣ ـ وعن علي رضي الله عنه ـ في رجل اشترى جارية فوطئها فوجد بها عيباً ـ قال: لزمته، ويرد البائع ما بين الصحة والداء، وإن لم يكن وطئها ردها. لكنه ضعيف أيضاً ومن ثم قال الشافعي رحمه الله: لا نعلمه يثبت عن عمر ولا علي. فعلى هذه الرواية يتعين للمشتري الأرش، وعلى الأولى على المشتري مع الرد أرش النقص الحادث عنده، وهو ما نقص المبيع المعيب بالعيب، مثاله أن يقال في مسألتنا: كم قيمتها بكراً معيبة بالعيب القديم؟ فإذا قيل: مائة. فيقال: وثيباً؟ فإذا قيل: ثمانون. فما بينهما عشرون، فهو الواجب، وعلى هذا.

وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن الواجب في وطء البكر المهر، مع أرش البكارة. والله أعلم.

قال: إلا أن يكون البائع دلس العيب، فيلزمه رد الثمن كاملاً.

ش: هذا استثناء مما إذا تعيب المبيع عنده، فإنه على رأيه يرده مع الأرش،

واستثنى من ذلك إذا دلس البائع العيب، أي كتمه وأخفاه، فإن للمشتري الرد بلا أرش، وإذاً يلزم البائع رد الثمن كاملاً، وهذا هو المذهب المنصوص المعروف، وقد نص الإمام على أن المبيع لو تلف عند المشتري ـ والحال هذه ـ ثم علم العيب رجع بالثمن كله، ولا شيء عليه للتلف، وبالغ ابن أبي موسى فقال ـ في صورة الخرقي ـ: له الرد قولاً واحداً، ولا عقر عليه، وذلك لأن البائع مع التدليس قد ورط المشتري وغره، فاقتضى الحمل عليه، وصار كالغار بحرية أمة، الضمان عليه بقضاء الصحابة، فكذلك هنا، ومال أبو محمد إلى وجوب الأرش والحال ما تقدم، مستدلاً بحديث المصراة، فإن الشارع جعل لبائعها بدل اللبن، مع تدليسه وارتكابه النهي، وبحديث «الخراج بالضمان» والمشتري ـ والحال هذه ـ له الخراج، فيكون الضمان عليه لعموم الحديث، وهذا هو الصواب، وقد حكاه أبو البركات رواية، وكذلك صاحب التلخيص، لكنه إنما حكاها في التلف، إذ المشتري لا يرجع إلا بالأرش، والله أعلم.

قال: وكذلك سائر المبيع.

ش: استعمل الخرقي رحمه الله «سائر» هنا بمعنى «باقي» وهي اللغة الفصحى، كما تقدم، أي باقي المبيع حكمه حكم الأمة فيما تقدم، في أنه إذا اطلع على عيب فيه، خير بين الرد وبين الأرش، وفي أنه إذا استغله أو فعل فيه فعلاً ليس بعيب، لم يمنع ذلك من رده، وفي أنه إذا تعيب عنده له الرد، مع رد النقص الحادث عنده، إلا مع التدليس فلا أرش عليه.

واعلم أن مذهب أبي بكر في التنبيه أن وطء الأمة يمنع الرد مطلقاً، معللاً باحتمال أن تحمل منه، وتعيب المبيع لا يمنع الرد، فهو قول ثالث، والله أعلم.

قال: ولو باع المشتري بعضها ثم ظهر على عيب، كان مخيراً بين أن يرد ملكه منها بمقداره من الثمن، أو يأخذ أرش العيب بقدر ملكه فيه.

ش: إذا لم يعلم المشتري بالعيب حتى باع بعض المبيع، فله أرش الباقي في ملكه بلا نزاع نعلمه، فإذا باع النصف مثلاً، كان له أخذ نصف الأرش، وإن باع الربع كان له ثلاثة أرباع الأرش، وهل له أرش ما باعه؟ فيه روايتان مبنيتان على ما إذا باع الجميع ثم علم بالعيب، هل له الأرش، وهو اختيار القاضي، وأبي محمد، كما لو لم يبعه إذ الأرض بدل الجزء الفائت، أو لا أرش له إلا أن يعود إليه، وهو ظاهر كلام الخرقي، لتوقع العود، أو لاستدراك ظلامته بالبيع؟ فيه روايتان، وهل له رد ما بقي من ملكه من المبيع؟ فيه روايتان أيضاً، بناهما القاضي، وابن الزاغوني، وغيرهما على تفريق الصفقة، قال أبو محمد عن القاضي: سواء كان المبيع عيناً واحدة أو عينين، وابن الزاغوني مثل بالعينين، وخص أبو محمد الخلاف بما إذا كان المبيع عينين لا ينقصهما التفريق، كالعبدين، والثوبين، أما إن كان عيناً واحدة، أو عينين لكن ينقصهما التفريق، كزوجي خف، ونحو ذلك، فيمتنع عليه الرد، دفعاً للضرر عن البائع، لنقص

المبيع ـ والحال هذه ـ بالتفريق، إلا أن يكون البائع دلس المبيع، فإن للمشتري الرد مطلقاً، لأن نقص المبيع عنده مع التدليس لا أثر له.

قلت: الضرر يندفع عن البائع برد أرش نقص التشقيص، وقد صرح بذلك صاحب التلخيص وإذاً فما قاله غيره أوجه.

وقول الخرقي: ولو باع المشتري بعضها. (يحتمل) أن يرجع الضمير إلى بعض السلعة المبيعة، وعلى هذا شرح ابن الزاغوني، وإذاً يكون اختيار الخرقي جواز رد الباقي، وكذا حكى أبو محمد عنه، وعلى هذا إن حصل بالتشقيص نقص رد أرشه من كلامه السابق، إلا مع التدليس كما تقدم (ويحتمل) أن يرجع إلى بعض السلعة المدلسة، وعلى هذا لا يكون في كلامه تعرض لرد الباقي، فيما إذا كان المبيع غير مدلس.

وقد اقتضى كلام الخرقي أنه ليس له رد ما باعه، وهو واضح، نعم إذا عاد إليه ولو بعقد فله الرد إن لم يأخذ أرشه، ولم يعلم بعيبه حين بيعه، والله أعلم.

قال: وإن ظهر على عيب بعد إعتاقه لها أو موتها في ملكه فله الأرش.

ش: إذا ظهر المشتري على عيب في السلعة المبيعة، بعد أن تلفت ـ تلفاً معنوياً كالإعتاق، ونحوه الوقف، والاستيلاد، أو حسياً كالموت ـ فله الأرش رواية واحدة، لأنه كان له قبل ذلك، والأصل البقاء، وفارق البيع على رواية، لعدم توقع العود، وعدم استدراك الظلامة، وهل له الفسخ، والرجوع بالثمن، وغرامة القيمة؟ عامة الأصحاب على أنه ليس له ذلك، ولأبي الخطاب تخريج بجواز ذلك، كأنه من رواية تلف المبيع في مدة الخيار، وفرق صاحب التلخيص بأن هنا يعتمد الرد ولا مردود، وثم يعتمد الفسخ.

وظاهر كلام الخرقي أن أرش العبد المعتق يكون للمشتري، ولا يلزمه صرفه في الرقاب، وهو إحدى الروايتين وأصحهما، إذ العتق إنما صادف الرقبة، لا الجزء الفائت، (والثانية): يجب صرفه في الرقاب، لأنه خرج عن الرقبة للّه تعالى، ظاناً سلامتها، وذلك يقتضي خروجه عن هذا الجزء، وأبو محمد يحمل هذه الرواية على الاستحباب، والقاضي يحملها على ما إذا كان العتق كان واجب، أما إن كان تبرعاً فالأرش له قولاً واحداً.

ومفهوم كلام الخرقي أنه لو حصل تصرف المشتري بالبيع، أو العتق، ونحوهما، بعد العلم بالعيب، أنه لا أرش له، وهو المشهور عند الأصحاب، لأنه قد رضي بالمبيع، فسقط حقه من الأرش، كما سقط من الرد بلا نزاع، وحكى صاحب التلخيص عن بعض الأصحاب أن الأرش لا يمنع التصرف مطلقاً، وأبو محمد يقول: إن هذا قياس المذهب، كما لو اختار الإمساك والمطالبة بالأرش، ولأن الأرش عوض الجزء

الفائت بالعيب، وذلك موجود مع التصرف.

(تنبيه): إذا لم يعلم بالعيب حتى خرجت السلعة المبيعة عن ملكه بهبة، فهل له الأرش؟ إن قلنا ـ: فيما إذا باعها ـ: له الأرش. فكذلك هنا، وإن قلنا: لا أرش له ثم. فهنا روايتان مبنيتان على تعليل عدم الأرش في البيع، فإن علل باستدراك الظلامة وجب هنا، لعدم الاستدراك، وإن علل بتوقع العود لم يجب هنا لذلك، ومختار القاضي وأبي محمد الوجوب، والله أعلم.

قال: وإن ظهر على عيب يمكن حدوثه بعد الشراء وقبله حلف المشتري، وكان له الرد أو الأرش.

ش: إذا ظهر المشتري على عيب يحتمل حدوثه بعد الشراء وقبله، كالسرقة، والإباق، والخرق في الثوب، ونحو ذلك، ففيه روايتان مشهورتان، (إحداهما) ـ وهي اختيار الخرقي ـ القول قول المشتري مع يمينه، إذ الأصل عدم القبض في الجزء الفائت، فكان القول قول من ينفيه، كما لو اختلفا في قبض المبيع، (والثانية) ـ وهي أصوبهما واختيار القاضي في الروايتين، وأبي الخطاب في الهداية ـ القول قول البائع مع يمينه، لأن الأصل السلامة، وعدم استحقاق الفسخ، فكان القول قول من يدعي ذلك، ولو لم تحتمل الدعوى إلا قول المشتري ـ كالإصبع الزائدة، والجراحة المندملة عقب العقد، ونحو ذلك ـ فإن القول قوله بلا يمين، للعلم بصدقه بلا نزاع، وكذلك إن لم تحتمل إلا قول البائع ـ كالجرح الطارىء الذي لا يحتمل كونه قديماً، ونحو ذلك ـ فإن القول قوله بلا يمين أيضاً لما تقدم.

(تنبيه): صفة يمين المشتري أن يحلف أنه اشتراه وبه هذا العيب، أو أنه ما حدث عنده، أما يمين البائع فعلى حسب جوابه، إن أجاب أن هذا العيب لم يكن فيه حلف على ذلك، وإن أجاب أنه ما يستحق علي ما يدعيه من الرد حلف على ذلك، ويحلف على البت، على المشهور من الروايتين، والله أعلم.

قال: وإذا اشترى ما مأكوله في جوفه، فكسره فوجده فاسداً، فإن لم يكن له مكسوراً قيمة ـ كبيض الدجاج ـ رجع بالثمن على البائع، وإن كان له مكسوراً قيمة ـ كجوز الهند ـ فهو مخير في الرد، ويأخذ الثمن، وعليه أرش الكسر، أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيبه.

ش: مناط هذه المسألة إذا اشترى ما لا يطلع على عيبه إلا بكسره، كالذي ذكره الخرقي ونحوه، فكسره فوجده معيباً، هل له شيء، أو لا شيء له ما لم يشترط سلامته؟ فيه روايتان، (إحداهما) لا شيء له ما لم يشترط سلامته، اعتماداً على العرف، إذ الناس في بياعاتهم على ذلك (والثانية) ـ وهي المذهب بلا ريب ـ له شيء، نظراً إلى أن إطلاق العقد يقتضي السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري، فاعتمد ذلك.

١٩٣٤ ـ ودليل هذا الأصل ما روي عن العداء رضي اللّه عنه، قال: كتب لي رسول اللّه ﷺ «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة، من محمد رسول اللّه ﷺ، اشترى منه عبداً أو أمة ـ شك عباد أحد الرواة ـ لا داء، ولا غائلة ولا خبثة، بيع المسلم»[(١)] رواه الترمذي، والنسائي، وابن ماجه، وهذا يدل على أن بيع المسلم هذا حاله.

وعلى هذا لا يخلو إما أن يكون لمكسور ذلك قيمة، أو لا قيمة له، فإن لم يكن لمكسوره قيمة ـ كبيض الدجاج، والجوز الخرب، قال أبو محمد: والبطيخ التالف ـ فإنا نتبين فساد العقد، لانتفاء شرطه وهو المنفعة، وإذاً يرجع المشتري بالثمن كله.

وإن كان لمكسوره قيمة ـ كجوز الهند، وبيض النعام ـ فإن كسره كسراً لا ينتفع به معه فقد أتلفه، فيتعين له الأرش، وإلا إن كان الكسر بقدر استعلام المبيع فهل ذلك بمنزلة العيب الحادث عنده؟ يخرج فيه روايتيه، أو ليس بعيب، فيرده بلا أرش، وهو اختيار القاضي، لأنه لا يمكنه معرفة المبيع إلا بذلك، مع أن البائع سلطه عليه، أو له الرد مع الأرش، وهو أعدل الأقوال، واختيار أبي محمد، وصاحب التلخيص، ويشهد له قصة المصراة، فإن النبي ﷺ جعل المشتري الرد، مع رد بدل ما تلف بيده من المبيع، وهو اللبن، مع تدليس البائع وغروره، فهنا أولى؟ على ثلاثة أقوال.

وإن كان كسراً يمكن استعلام المبيع بدونه، فلا ريب أنه على الروايتين المتقدمتين، فيما إذا عاب عنده، نعم على قول القاضي في الذي قبله، إذا رد هل يلزمه أرش الكسر أولا يلزمه إلا الزائد على استعلام المبيع؟ محل تردد، واللّه أعلم.

قال: وإذا باع عبداً وله مال ـ قليلاً كان المال أو كثيراً ـ فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، إذا كان قصده العبد لا المال.

ش: إذا باع عبداً وله مال فماله للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، فيكون له بشرطه.

١٩٣٥ ـ لما روى ابن عمر رضي اللّه عنه قال: سمعت رسول اللّه ﷺ يقول: «من ابتاع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبداً له مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع»[(٢)] رواه مسلم وغيره.

١٩٣٦ ـ وعن جابر رضي اللّه عنه عن رسول اللّه ﷺ نحوه، رواه أبو داود[(٣)].

١٩٣٧ ـ وعن علي رضي اللّه عنه، أن رسول اللّه ﷺ قضى بذلك[(٤)].

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٩٢٩.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٣٧٩، ومسلم ١٠/١٩١.

(٣) سنن أبي داود حديث ٣٤٣٥.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٣٢٦.

١٩٣٨ ـ وعن عبادة نحوه، رواه البيهقي في سننه(١).

وشرط الخرقي لصحة اشتراط المبتاع مال العبد مطلقاً، أن يكون قصده العبد لا المال، لأن المال إذاً يدخل عن طريق التبع، فلا تضر جهالته ولا غير ذلك، كأساسات الحيطان، لا يقال: فباشتراطه يدل على أنه مقصود، لأنا نقول: المقصود بالشرط ـ والحال هذه ـ بقاء المال في يد العبد، من غير التفات إلى المال، وتحقيق ذلك ألا ترى أن الشارع جوز قرض الدراهم وغيرها، مع أنه مفض إلى بيع دراهم بدراهم إلى أجل، لكن لما كان القصد منه الرفق، لا بيع دراهم بدراهم نسيئة، لم يمنع منه، أما إن كان قصده المال فإنه يشترط لصحة الشرط اشتراط شروط المبيع، من العلم بالمال، وكونه مع العوض المبذول لا يجري الربا بينهما، وغير ذلك، كما يشترط ذلك في العينين المبيعتين، لأنه إذاً بمنزلتهما.

واعلم أن من مذهب الخرقي رحمه اللّه أن العبد لا يملك، فكلامه خرج على ذلك، وهو ظاهر كلام القاضي في التعليق، وتبعهما أبو البركات، أما إن قلنا: العبد يملك. فصرح أبو البركات بأنه يصح شرطه إن كان مجهولاً، ولم يعتبر أبو محمد الملك، بل أناط الحكم بالقصد وعدمه، وزعم أن هذا منصوص أحمد والخرقي، وفي نسبة ذلك إليهما نظر، لاحتمال بنائهما على الملك كما تقدم، وهو أوفق لكلام الخرقي، ولمشهور كلام الإمام، وحكى أبو محمد عن القاضي أنه رتب الحكم على الملك وعدمه، فإن قلنا: يملك. لم يشترط، وإن قلنا: لا يملك. اشترط، وحكى صاحب التلخيص عن الأصحاب أنهم رتبوا الحكم على القصد وعدمه، كما يقوله أبو محمد، ثم قال: وهذا على القول بأن العبد يملك، أما على القول بأنه لا يملك، فيسقط حكم التبعية، ويصير كمن باع عبداً ومالاً، وهذا عكس طريق أبي البركات، ثم يلزم منه التفريع على الرواية الضعيفة، ويتلخص في المسألة أربع طرائق، واللّه أعلم.

قال: ومن باع حيواناً أو غيره بشرط البراءة من كل عيب لم يبرأ، سواء علم به البائع أم لم يعلم.

ش: من باع شيئاً وشرط البراءة من كل عيب ـ بأن يقول: بعتك وأنا بريء من كل عيب ـ لم يبرأ، وكذلك إن لم يعمم ولم يبين، بأن قال: من عيب كذا إن كان فيه، ولا فرق في ذلك بين علم البائع وعدمه، على المنصوص والمختار للأصحاب من الروايات، لأنه خيار ثبت شرعاً بمطلق العقد، فلم يسقط بشرط الإسقاط، الدليل عليه خيار الرؤية، وخيار الفسخ عند انقطاع المسلم فيه في المحل، ولأن في ذلك خطراً وغرراً، وهما منفيان شرعاً.

(والرواية الثانية): إن علم البائع بالعيب وكتمه لم يبرأ، لأنه إذاً مدلس مذموم.

---

(١) السنن الكبرى ٥/٣٢٦.

١٩٣٩ ـ قال ﷺ: «ليس منا من غش» وقال: «من غشني فليس مني»[(١)].

١٩٤٠ ـ وقال: «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم إن باع من أخيه بيعاً أن لا يبينه له»[(٢)] وإن لم يعلم برىء، لعدم ارتكابه الذم، وتمهد عذره في ذلك.

١٩٤١ ـ وبهذا قضى عثمان رضي اللَّه عنه، ففي الموطأ أن ابن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه: بالغلام داء ولم يسمه، فاختصما إلى عثمان رضي اللَّه عنه، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء ولم يبينه لي. فقال ابن عمر: بعته بالبراءة، فقضى عثمان على ابن عمر باليمين، أن يحلف له: لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه. فأبي عبد اللَّه أن يحلف له، وارتجع العبد، فباعه عبد اللَّه بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم، ومثل هذا يشتهر ولم ينكر، فينزل منزلة الإجماع، مع أن مالكاً قد حكاه إجماعاً لهم، فقال: الأمر المجتمع عليه عندنا في من باع عبداً أو حيواناً بالبراءة، فقد برىء من كل عيب، إلا أن يكون علم في ذلك عيباً فكتمه، فإن كان علم عيباً فكتمه لم تنفعه تبرئته، وكان ما باع مردوداً عليه، (وعن أحمد) رضي اللَّه عنه صحة البراءة من المجهول، فخرج من ذلك أبو الخطاب وأتباعه صحة هذا الشرط، لأن أحمد رحمه اللَّه علل الرواية بالجهالة ويستدل لهذا التحريم بعموم «المسلمون عند شروطهم»[(٣)] ونحو ذلك.

١٩٤٢ ـ وبدليل الأصل، وهو ما روي أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول اللَّه، فقال رسول اللَّه ﷺ «استهما وتوخيا الحق، وليحلل كل منكما صاحبه»[(٤)] انتهى. (فعلى المذهب) يلغو الشرط، ويصح العقد، وخرج أبو الخطاب أيضاً ومن تبعه قولاً ببطلانهما، من الرواية في الشروط الفاسدة، وفرق القاضي في المجرد بأن إطلاق العقد يقتضي عدم الرد، إذ الأصل السلامة، واشتراط عدم الرد شرط من مقتضى العقد، وكأنه اشتراه بغير شرط البراءة، وقد أصاب به عيباً، فيخير بين الإمساك والرد. «وعلى الثانية» لو ادعى المشتري أن البائع علم بالعيب، وإنما اشترط البراءة تدليساً، فالقول قول البائع مع يمينه، ولا تفريع على الثالثة.

ونص الخرقي على الحيوان لينبه على مذهب الغير.

(تنبيه) ليس منصوص المسألة: بعتك على أن به عيب كذا، وأنا بريء منه، بل هنا يصح الشرط، كما لو قال: وبه هذا العيب، وأوقفه عليه، واللَّه أعلم.

قال: ومن باع سلعة بنسيئة، لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها به.

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٩١٦.
(٢) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٢٤٦، وأحمد ٤/ ١٨٥.
(٣) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٤٠١.
(٤) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٨٣، وأحمد ٦/ ٣٢٠.

ش: أي نقداً، بقرينة ذكر النسيئة أولاً.

١٩٤٣ ـ وذلك لما روى الدارقطني[١] بسنده إلى أبي إسحاق السبيعي، عن امرأته، أنها دخلت على عائشة فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم، فقالت: يا أم المؤمنين إني بعت غلاماً من زيد بثمانمائة درهم نسيئة، وإني ابتعته منه بستمائة نقداً، فقالت لها عائشة رضي اللَّه عنها: بئس ما اشتريت، وبئس ما شريت، إن جهاده مع رسول اللَّه ﷺ قد بطل إلا أن يتوب. ومثل هذا لا يقال قياساً، إنما يقال توقيفاً، وأيضاً ما تقدم من سد الذرائع، إذ ذلك وسيلة إلى بيع ثمانمائة بستمائة إلى أجل، وإنه لا يجوز.

١٩٤٤ ـ ومن ثم يروي عن ابن عباس رضي اللَّه عنهما في مثل ذلك أنه قال: أرى مائة بخمسين بينهما حريرة.

١٩٤٥ ـ وقد روي عن ابن عمر رضي اللَّه عنهما قال: سمعت رسول اللَّه ﷺ يقول: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد سلط اللَّه عليكم ذلاً لا ينزعه حتى تراجعوا دينكم» رواه أبو داود[٢] وقد فسر أبو عبيد الهروي العينة بما تقدم. وقيل: بالجواز، كما لو كان الشراء بعد قبض ثمنه بدونه، أو قبله بمثله أو أكثر، ونحو ذلك، وينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يكن حيلة، أما إن قصد الحيلة ابتداء فإن العقدين يبطلان، وقول الشافعي رحمه اللَّه: إن كان هذا ثابتاً ـ أي ما روي عن عائشة ـ فتكون عابت عليه بيعاً إلى العطاء، لأنه أجل غير معلوم، بناء منه على أن في بعض الروايات: إني بعته جارية إلى العطاء. مردود بأن في رواية أخرى قالت: أرأيت إن لم آخذ إلا رأس مالي؟ قالت عائشة رضي اللَّه عنها: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وهذا دليل على أنها رضي اللَّه عنها رأت أن ذلك ربا، وعابته لذلك، (وقوله أيضاً): إن زيداً خالفها، وإن القياس معه، فقوله أولى. معترض بأنه لم ينقل أنه خالفها بعد إنكارها عليه، والظاهر أنه لم يكن عنده علم بالمسألة، فاعتمد على الأصل في الإذن في البيع، وإذاً فتوعد عائشة رضي اللَّه عنها على استمراره على ذلك، ولا نعلم أن القياس معه، بل القياس المنع، اعتماداً على قاعدة سد الذرائع، ثم لا نسلم أن موافقة القياس تقتضي ترجح قوله، بل العكس، إذ من خالف القياس الظاهر أن قوله عن توقيف، ومن ثم قال بعض العلماء: إن قول الصحابي إذا خالف القياس حجة، بخلاف ما إذا لم يخالفه. انتهى.

والخرقي رحمه اللَّه ترجم المسألة بقوله: ومن باع سلعة إلى آخره، اكتفاء بالمعتاد في ذلك، وتمام ترجمتها «بأن يشتري ما باعه نقداً، هو أو وكيله، من مشتريه،

(١) سنن الدارقطني ٣/ ٥٢.
(٢) سنن أبي داود حديث ٣٤٦٢.

بدون ما باعه به نسيئة، قبل قبض ثمنه، مع بقاء صفته» «فنقداً» يخرج ما لو كان البيع بعرض والشراء بنقد، أو بالعكس، أو البيع بعرض والشراء بآخر، فإنه يجوز إذ لا ربا بين الأثمان والعروض، ولا بين عرضين، «وهو أو وكيله» يخرج ما لو كان المشتري أباه أو ابنه، ونحو ذلك، فإنه يجوز، وفيه تصريح بأن فعل الوكيل كفعل الموكل، و«من مشتريه» يخرج ما لو اشتراه من غيره، بعد انتقاله إليه، ونحو ذلك، فإنه يجوز، و«بدون ما باعه به» يخرج ما إذا باعه بمثله أو أزيد، فإنه يجوز، ويخرج ما إذا باعه بجنس ـ كالدراهم مثلاً ـ واشتراه بجنس آخر، كالدنانير، فإنه يجوز على قول الأصحاب، كما لو اشتراه بعرض، وأبو محمد يختار المنع، لأن النقدين كالجنس الواحد في معنى الثمنية، و«نسيئة» هو أحد شقي المسألة، أن يبيع نقداً ويشتري نسيئة، و«قبل قبض ثمنه» يخرج ما إذا باعه بعد قبض الثمن، فإنه يجوز، و«مع بقاء صفته» يخرج ما إذا تغيرت صفته بما ينقصه، فإنه يجوز شراؤه بأقل مما باع به، أما لو تغيرت بزيادة فبطريق التنبيه لا يجوز، ويفهم من تغير الصفة أنه لا أثر لتغير السعر.

(تنبيه): عكس هذه المسألة إذا كان البيع حالاً، والشراء بأكثر مما باعها به نسيئة، وفي ذلك روايتان، حكاهما أبو العباس (إحداهما) ـ ونص احتمال لأبي محمد ـ الجواز ما لم يكن حيلة، نظراً لأصل حل البيع، خرج منه الصورة المتقدمة، وهذه لا تساويها، لندرة وقوعها، فتبقى على الأصل، والله أعلم.

قال: وإذا باع شيئاً مرابحة، فعلم أنه زاد في رأس المال، رجع عليه بالزيادة وحظها من الربح.

ش: المرابحة البيع برأس المال وربح معلوم، نحو: بعتك برأس مالي وربح عشرة. أو: على أن أربح في كل عشرة درهماً، وهو «ده يازده» ويشترط للصحة في الصورتين معرفة البائع والمشتري لرأس المال حال العقدين، فلو جهلا أو أحدهما لم يصح.

إذا عرف هذا، وتبايعا كذلك، ثم علم المشتري بعد ذلك ـ ببينة أو إقرار ـ أن البائع زاد في رأس المال، ـ كأن كان رأس المال تسعين، فأخبر أنه مائة ـ فإن المشتري يرجع عليه بالزيادة ـ لأن البائع التزم له البيع برأس المال ـ بحظها من الربح، لأن العشرة مثلاً إذا سقطت يسقط ما يقابلها، لأنه إنما ثبت تبعاً لها، ولأبي محمد احتمال في: وربح عشرة. أن المشتري لا يرجع بشيء من الربح، لأن البائع إنما رضي بإخراجها عن ملكه بهذا الربح. انتهى.

وظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار للمشتري والحال هذه، وهو إحدى الروايتين، واختيار صاحب التلخيص فيه، لأنه ازداد خيراً، إذ من رضي بمائة وعشرة مثلاً، يرضى بتسعة وتسعين، (والثانية): له الخيار. لاحتمال أن له غرضاً في الشراء بالثمن الأول، لتحلة قسم، أو وفاء بعهد، ونحو ذلك، ثم مع ظهور خيانة البائع يزول ائتمان

المشتري له في الثمن الثاني، والله أعلم.

قال: وإن أخبر بنقصان من رأس ماله، كان للمشتري ردها أو إعطاؤه ما غلط به.

ش: إذا باع مرابحة ثم أخبر بنقصان من رأس المال ـ مثل أن يخبر أن رأس ماله مائة، ثم يدعي أن رأس ماله إنما هو مائة وعشرة، وأنه غلط فيما أخبر به أولاً ـ فهل (القول قوله) وهو ظاهر قول الخرقي، لأن البائع لما دخل معه في المرابحة فقد ائتمنه، والقول قول الأمين، (أو لا يقبل قوله) إلا أن يكون معروفاً بالصدق، لترجح قوله إذاً، بخلاف ما إذا لم يكن معروفاً بذلك، فإن الظاهر كذبه، فيلغى قوله، (أو لا يقبل إلا ببينة)، لأن مجرد قوله الثاني يعارضه قوله الأول، فيتساقطان، بخلاف ما إذا كان مع الثانية بينة، فإنه يترجح بها، وهذا اختيار أبي محمد، وحمل كلام الخرقي عليه، مدعياً أن الخرقي إنما لم يذكر ذلك لأنه عطفه على قوله قبل: فعلم أنه زاد في رأس المال. والعلم يكون ببينة أو إقرار، كذلك هنا. (أو لا يقبل قوله) وإن أتى ببينة، لتكذيبه لها ظاهراً؟ أربع روايات.

فعلى الأولى إن صدق المشتري البائع فلا يمين عليه، وإن كذبه فعليه اليمين، كغيره من الأمناء، وهذه اليمين تستفاد من قول الخرقي بعد: وكل من قلنا: القول قوله. فلصاحبه عليه اليمين. وصفة هذه اليمين كما قاله أبو الخطاب: إني غلطت، وشراؤها علي كذا، لأنه يحلف على فعل نفسه، فيمينه على البت، وكذلك الحكم على الثانية إن كان معروفاً بالصدق، وإلا فدعواه ملغاة رأساً إن لم يكن له بينة، وكذلك تلغى دعواه على الثالثة إن لم يكن له بينة، وكذلك على الرابعة مطلقاً، بقي إذا لم يقبل مجرد قوله، فادعى أن المشتري يعلم غلطه، فأنكر، فإن القول قوله، لإنكاره، وهل ذلك مع يمينه، وهو رأي أبي محمد، أو لا يمين عليه، وهو رأي القاضي لأنه مدع، واليمين على المدعى عليه؟ على قولين، ورد قول القاضي بأنه ـ والحال هذه ـ مدعى عليه.

إذا عرف هذا فحيث ثبت أنه أخبر بنقصان ـ إما بتصديق المشتري له، وإما بقوله، أو ببينة، ونحو ذلك ـ فإن المشتري يخير بين إعطاء البائع ما غلط به، لأن بيعه كان برأس ماله، ورأس ماله قد ثبت أنه كذلك، فإن لم يعطه كان له الفسخ، وبين الرد، لأنه لم يرض بالزائد، نعم إن رضي البائع بترك الزيادة فلا رد له.

ولم يذكر الخرقي رحمه الله أن البائع ـ والحال هذه ـ يرجع على المشتري بحظ ما غلط به من الربح، وكذا أبو الخطاب في الهداية، وصاحب التلخيص فيه، وأبو البركات، وقال أبو محمد: يرجع بحظ ذلك من الربح، فإذا قال: وربح درهم في كل عشرة. رجع بدرهم، إذا كان الغلط بعشرة، وكذلك إن قال: وربح عشرة. وكان ما أخبر به أولاً مائة، وله احتمال في هذه الصورة فقط، أنه لا يرجع بشيء، لرضاه في

السلعة بربح عشرة، والله أعلم.

قال: وله أن يحلفه أنه وقت ما باعها لم يعلم أن شراءها أكثر من ذلك.

ش: حيث ثبت أن البائع أخبر بنقصان ـ إما بقوله، أو ببينة، ونحو ذلك ـ فادعى عليه المشتري أنه وقت البيع كان عالماً أن شراءها أكثر مما أخبر به، فإن دعواه تسمع، لأن البائع لو أقر بذلك لزم البيع في حقه بما أخبر به، أولاً، لرضاه به، وتعاطي سببه، فهو كمشتري المعيب عالماً بعيبه، ثم إن أقر البائع بذلك لزم البيع بما حصل الإخبار به أولاً، لما تقدم، وإن أنكر ـ بأن قال: ما علمت ذلك. ونحوه ـ فللمشتري أن يحلفه على حسب جوابه، فإن حلف فلا كلام، وإن نكل، أو أقر قضي عليه، والله أعلم.

قال: وإن باع شيئاً واختلفا في ثمنه تحالفا.

ش: إذا اختلف المتبايعان في ثمن المبيع ـ كأن قال البائع: بعته بمائة. مثلاً، وقال المشتري: إنما اشتريته بخمسين. ونحو ذلك ـ فإن كانت لأحدهما بينة حكم بها، وإلا تحالفا، على المشهور، والمختار للأصحاب من الروايات.

١٩٤٦ ـ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»(١) متفق عليه واللفظ لمسلم.

١٩٤٧ ـ وللبيهقي(٢) «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» وكل من المتبايعين مدع ومنكر، إذ البائع في مثالنا يدعي فضل الثمن، والمشتري ينكره، والمشتري يدعي السلعة بأقل، والبائع ينكره، وإذاً يحلف كل واحد منهما على ما أنكره، عملاً بعموم الحديث.

١٩٤٨ ـ وللبيهقي(٣) في سننه عن ابن أبي الزناد، عن أبيه، عن الفقهاء من أهل المدينة، كانوا يقولون: إذا تبايع الرجلان واختلفا في الثمن تحالفا، فأيهما نكل لزمه القضاء، فإن حلفا فالقول قول البائع، وخير المبتاع، إن شاء أخذ بذلك الثمن، وإن شاء ترك، وقد زعم أبو محمد أن في بعض ألفاظ حديث ابن مسعود الآتي «إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة، ولا بينة لأحدهما تحالفا» (والثانية) القول قول البائع مع يمينه، حكاها ابن أبي موسى، وابن المنذر، وزاد: ويترادان البيع.

١٩٤٩ ـ لما روى ابن مسعود رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان، وليس بينهما بينة، فالقول ما يقول صاحب السلعة، أو يترادان»(٤)

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٥١٤، ومسلم ١٢/ ٢.

(٢) السنن الكبرى ١٠/ ٢٥٢.

(٣) السنن الكبرى ٥/ ٣٣٤.

(٤) أخرجه أبو داود حديث ٣٥١١، والنسائي ٧/ ٣٠٢، وأحمد ١/ ٤٦٦.

رواه الإمام أحمد، وأبو داود، والنسائي، وفي رواية «أو يتتاركان» وفي أخرى «فالقول ما قال البائع، والمبتاع بالخيار» وفي أخرى لأحمد والنسائي عن أبي عبيدة، وأتاه رجلان تبايعا سلعة، فقال هذا: أخذت بكذا وكذا، وقال هذا: بعت بكذا وكذا. فقال أبو عبيدة: أتي عبد اللّه في مثل هذا، فقال: حضرت النبي ﷺ في مثل هذا، فأمر بالبائع أن يُسْتَحْلَفَ، ثم يخير المبتاع، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك. ولم أر في شيء من ألفاظ الحديث «تحالفا».

وهذه الرواية، وإن كانت خفية مذهباً، فهي ظاهرة دليلاً، اعتماداً على هذا الحديث، لا يقال: هذا الحديث منقطع، كما قال الشافعي رحمه اللّه، وكذا قال ابن عبد البر وغيره: إن فيه انقطاعاً. لأنا نقول: لما تعددت طرقه، تقوى بعضها ببعض، ودل ذلك على أن له أصلاً، وقد قال ابن عبد البر: هو محفوظ، مشهور، أصل عند جماعة العلماء، تلقوه بالقبول، وبنوا عليه كثيراً من فروعه، قد اشتهر عنهم بالحجاز، والعراق، شهرة يستغنى بها عن الإسناد.

١٩٥٠ ـ كما اشتهر حديث «لا وصية لوارث»[١] انتهى.

ويشهد لذلك أيضاً (من جهة المعنى) أن السلعة كانت للبائع، والمشتري يدعي نقلها بعوض، والبائع ينكره إلا بالعوض الذي عينه، والقول قول المنكر، وعدم الرضى إلا بذلك، (ومن جهة المذهب) إذا اختلف المكاتب وسيده في عوض الكتابة: القول قول السيد. على رواية مرجحة عند البعض.

وما ذكر للرواية الأولى فغايته أنه عموم، على أنه قد يمنع أن كلاً منهما، منكر، بل قد يقال: البائع هو المنكر للنقل بالعوض الذي ذكره المشتري، أو المنكر هو المشتري، لأن حقيقة ما يدعي عليه قدر رأس المال، وهو ينكره.

(والثالثة): حكاها أبو الخطاب في الانتصار: إن كان قبل القبض تحالفا، لما تقدم أولاً، وإن كان بعده فالقول قول المشتري، لاتفاق البائع والمشتري على حصول الملك له، ثم البائع يدعي عليه عوضاً، والمشتري ينكر بعضه، والقول قول المنكر، واللّه أعلم.

قال: فإن شاء المشتري أخذه بعد ذلك بما قال البائع، وإلا انفسخ البيع بينهما.

ش: هذا تفريع على المذهب من أنهما يتحالفان، وإذاً هل ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف، وهو المنصوص، على ما زعم ابن الزاغوني، لأن المقصود من التحالف رفع العقد، فاعتمد ذلك أوْ لا ينفسخ بذلك، وهو المشهور، والمعروف، والمختار للخرقي، وابن أبي موسى وأبي الخطاب، والشيخين وغير واحد، لأنه عقد صحيح، فتنازعهما لا يقتضي فسخه، كما لو أقام كل منهما بينة؟ على قولين، وعلى

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٨٧٠، والترمذي ٢٢١٤، وابن ماجه حديث ٢٧١٣، وأحمد ٥/٢٦٧.

الثاني إن شاء المشتري الأخذ بما قال البائع أخذ به ولا فسخ، لما تقدم من حديث ابن مسعود، وكذلك إن رضي البائع بما حلف عليه المشتري.

وإن امتنعا من ذلك فهل ينفسخ البيع بمجرد إبائهما، وهو ظاهر كلام الخرقي، أو لا ينفسخ بذلك، وهو المعروف عند الشيخين وغيرهما؟ على قولين، وعلى الثاني: هل يفتقر الفسخ إلى حاكم؟ وهو احتمال لأبي الخطاب في الهداية، وقطع به ابن الزاغوني، لوقوع الخلاف في ذلك، أو لا يفتقر إلى ذلك، بل لكل منهما الفسخ، وهو مختار الشيخين وغيرهما، لما تقدم من حديث ابن مسعود «أو يترادان البيع، أو يتتاركان البيع، ثم يخير المبتاع، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك» وفي الحديث أن الأشعث بن قيس قال لعبد اللّه بن مسعود ـ وكانا اختلفا في ثمن مبيع ـ: فإني تارك لك البيع؟ على قولين، واللّه أعلم.

قال: والمبتدي باليمين البائع.

ش: لما قال رحمه اللّه: إن البائع والمشتري يتحالفان. فلا بد من أن أحدهما يبدأ باليمين، فقال: إن المبتدىء بها هو البائع، وذلك لتساويهما من حيث الإنكار، وترجح البائع لكون العين ترجع إليه بعد التحالف، ومن نكل منهما عن اليمين، أو عن بعضها قضي عليه.

(تنبيه) صفة اليمين أن كلا منهما يحلف يميناً واحدة، يجمع فيها بين النفي والإثبات، فيحلف البائع: ما بعته بكذا، وإنما بعته بكذا، أو ما بعته إلا بكذا. ثم يحلف المشتري: ما اشتريته بكذا، وإنما اشتريته بكذا. أو: ما اشتريته إلا بكذا، لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه، فالإثبات لدعواه، والنفي لما ادعي عليه، ثم هل يبدأ بالنفي، وهو المشهور، لدفع قول الخصم، أو بالإثبات، لإثبات دعواه ابتداء؟ على وجهين، واللّه أعلم.

قال: وإن كانت السلعة تالفة تحالفا.

ش: يعني أنه لا فرق بين أن تكون السلعة قائمة أو تالفة، أنهما يتحالفان، وهذا إحدى الروايتين، (والثانية) ـ وهي أنصهما، واختيار أبي البركات ـ: إن كانت السلعة باقية تحالفا، وإن كانت تالفة فالقول قول المشتري مع يمينه.

١٩٥١ ـ لأن في حديث ابن مسعود ـ في رواية ابن ماجه ـ «والبيع قائم بعينه» وفي رواية لأحمد «والسلعة كما هي» ومفهومه أن السلعة إذا تلفت لا يكون القول قول البائع، وإذاً يكون قول المشتري، لأن حقيقة ما يدعى عليه قدر رأس المال، وهو ينكر بعضه، والقول قول المنكر، وقد صرح بذلك الدارقطني في رواية فقال: «إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع، فإذا استهلك فالقول ما قال المشتري» وهذا نص.

والرواية الأولى اختيار الخرقي والأكثرين، لأن المشهور والصحيح من الرواية في

الحديث ما تقدم، وهذه الرواية قد ضعفت، من قبل أن راويها محمد بن أبي ليلى، وهو سيء الحظ، ورواية الدارقطني فيها الحسن بن عمارة، وهو متروك.

١٩٥٢ ـ ثم يعارضه ما روى الدارقطني[1] أيضاً في الحديث عن عبد اللّٰه عن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف البيعان، والمبيع مستهلك، فالقول قول البائع» لكنه من رواية عبد اللّٰه بن عصمة، وهو ضعيف، انتهى.

واعلم أن هذه الرواية المنصورة، وقد أخذها القاضي في روايتيه من إطلاق أحمد أن المتبايعين إذا اختلفا تحالفا، ولم يفرق، وعلى هذا من يخص عام كلام إمام بخاصه تكون المسألة عنده رواية واحدة، في أن القول مع التلف قول المشتري. ثم اعلم أن أبا محمد ينصر الرواية المنصورة عند الأصحاب، لكن يقول: ينبغي أن قيمة السلعة إذا كانت مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري، أن القول قول المشتري مع يمينه، لعدم الفائدة في يمين البائع، وفسخ البيع، إذ حاصله يرجع إلى ما ادعاه المشتري، وله فيما إذا كانت القيمة أقل احتمالان (أحدهما): كالأول، إذ لا فائدة للبائع في الفسخ، بل وفيه ضرر عليه (والثاني) يشرع التحالف، لحصول الفائدة للمشتري، واللّٰه سبحانه أعلم.

قال ورجعا إلى قيمة مثلها، إلا أن يشاء المشتري أن يعطي الثمن على ما قاله البائع.

ش: يعني إذا كانت السلعة تالفة وتحالفا فإن شاء المشتري أن يعطي الثمن عل ما قال البائع، وإلا انفسخ البيع بينهما على ما قاله الخرقي، وإذاً يرجع كل منهما إلى ما خرج عنه، والذي خرج عن المشتري هو الثمن، فيرجع فيه، إن كان قد قبض، والذي خرج عن البائع هو السلعة، وقد تعذر الرجوع فيها، فيرجع في بدلها وهو القيمة، فإن تساويا، وكانا من جنس واحد، تقاصا وتساقطا، وإلا سقط الأقل، ومثله من الأكثر، هذا المشهور والمعروف.

وقال ابن المنجا: إن كلام أبي الخطاب أن القيمة إن زادت على الثمن أن المشتري لا تلزمه الزيادة، لأنه قال: المشتري بالخيار بين دفع الثمن الذي ادعاه البائع، وبين دفع القيمة، وذلك لأن البائع لا يدعي الزيادة (قلت): وكلام أبي الخطاب ككلام الخرقي، وليس فيه أن ذلك بعد الفسخ، بل هذا التخيير مصرح به بأنه بعد التحالف، وليس إذ ذاك فسخ، ولا شك أن المشتري والحال هذه مخير ـ على المشهور كما تقدم ـ عند قيام السلعة، فكذلك عند تلفها، والذي قاله ابن المنجا كأنه بحث لصاحب النهاية، فإنه حكى عنه بعد ذلك أنه قال: وجوب الزيادة أظهر لأن بالفسخ سقط اعتبار الثمن.

(١) سنن الدارقطني ٣/ ٢١.

وقد بحث أبو العباس ذلك أيضاً فقال: يتوجه أن لا تجب قيمته إلا إذا كانت أقل من الثمن، أما إن كانت أكثر فهو قد رضي بالثمن، فلا يعطى زيادة، لاتفاقهما على عدم استحقاقها، قال: كما قلنا مثل هذا في الصداق ولا فرق، إلا أن هنا انفسخ العقد الذي هو سبب استحقاق المسمى، بخلاف الصداق، فإن المقتضي لاستحقاقه قائم. والله أعلم.

قال: فإن اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري مع يمينه في الصفة.

ش: أي إذا تحالفا ورجعا إلى قيمة السلعة، فإن اتفقا على قيمتها فلا كلام، وإن اختلفا في صفتها، والصفة ليست عيباً ـ كالسمن والكتابة ونحوهما ـ فالقول قول المشتري مع يمينه، بلا نزاع نعلمه، لأنه غارم، والقول قول الغارم، واعتماداً على أصل براءة الذمة، ثم الأصل عدمها، وإن كانت عيباً، كالبرص، والخرق في الثوب، ونحو ذلك، فهل القول قول المشتري، وهو المشهور، وظاهر كلام الخرقي، لما تقدم من أنه غارم، أو قول البائع في نفي ذلك، لأن الأصل عدمها؟ فيه وجهان، وملخص الأمر أنه قد تعارض أصلان، فخرج قولان، والله أعلم.

قال: ولا يجوز بيع الآبق.

ش: لأنه بيع غرر، وإنه منهي عنه شرعاً، والنهي يقتضي الفساد.

١٩٥٣ ـ ودليل النهي ما روى أبو هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر(١).

١٩٥٤ ـ على أن في المسند، وسنن ابن ماجه، عن أبي سعيد: نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما في بطون الأنعام، وعما في ضروعها إلا بكيل، وعن شراء الغنائم حتى تقسم، وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن شراء العبد وهو آبق، وعن ضربة الغائص(٢). إلا أن فيه كلاماً، ومن ثم قال البيهقي: هذا وإن لم يثبت فكله داخل في بيع الغرر، قلت وهذا صحيح، إذ الغرر ـ على ما فسره القاضي من أصحابنا وغيره ـ ما تردد بين جائزين، ليس هو في أحدهما أظهر، والآبق كذلك، لأنه متردد بين الحصول والعدم، وكلام الخرقي شامل لآبق يعلم خبره أو لا يعلم، وهو كذلك، والله أعلم.

قال: ولا الطائر قبل أن يصاد.

ش: لأن ذلك من الغرر المتقدم، وقد دخل في كلام الخرقي المملوك وغير المملوك، وما يألف العود أو لا يألفه، وهو كذلك.

---

(١) أخرجه مسلم ١٠/ ١٥٥، وأبو داود حديث ٣٣٧٦، والنسائي ٧/ ٢٦٢، وابن ماجه حديث ٢١٩٤، وأحمد ٢/ ٢٥٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه حديث ٢١٩٦، وأحمد ٣/ ٤٢.

وقوله: قبل أن يصاد، يخرج منه ما إذا صيد وهو واضح، ثم: ما صيد. يدخل فيه ما صيد ببرج ونحوه، وقد اختلف في بيع الطائر في البرج، فأجازه أبو محمد، بشرط كون الباب مغلوقاً، إناطة بالقدرة على التسليم، وشرط القاضي مع ذلك إمكان أخذه بسهولة، فإن لم يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة لم يجز، لأن قدر ذلك غير معلوم، والله أعلم.

قال: ولا السمك في الآجام.

ش: لما تقدم أيضاً.

١٩٥٥ - وقد روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غرر» رواه الإمام أحمد[١]، لكن قال البيهقي: إن فيه انقطاعاً. وقوله: في الآجام. يخرج منه ما إذا كان بيده ونحوه ذلك، كأن كان في بركة معدّة للصيد، وعرف إما برؤيته كما إذا رؤي في الماء لصغر البركة، ونحوها، وأمكن أخذه، صح بيعه، لانتفاء المحذور، وهو عدم القدرة على التسليم، نعم إن كان في أخذه كلفة ومشقة خرج فيه ما تقدم من الخلاف في الطائر في البرج، وأبو محمد هنا يسلم أن البركة إذا كانت كبيرة، وتطاولت المدة في أخذه، أنه لا يجوز بيعه، للجهل بوقت إمكان التسليم، والله أعلم.

قال: والوكيل إذا خالف فهو ضامن، إلا أن يرضى الآمر فيلزمه.

ش: أما ضمان الوكيل إذاً فلأنه خرج بمخالفته من حيز الأمانة، إلى حيز الخيانة، وإذاً يضمن، لتعديه وظلمه، وأما زوال الضمان عنه برضى الآمر فلأن الضمان كان لمخالفته، وبرضى الآمر كأن المخالفة قد زالت.

هذا من حيث الجملة، أما من حيث التفصيل فمخالفة الوكيل تارة تكون في أصل ما وكل فيه، كأن يوكله في شراء عبد، فيشتري ثوباً، أو في بيع عبده زيد، فيبيع عبده سعيداً، ونحو ذلك، فهذا لا إشكال في ضمان ما فوته على المالك، لعدم موافقته المأمور بوجه، ثم ينظر فإن كان البيع لأعيان مال الموكل، أو الشراء بعين ماله، لم يصح تصرفه، على الصحيح المشهور من الروايتين، لارتكابه النهي.

١٩٥٦ - بدليل حديث حكيم بن حزام: نهاني رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي. وفي لفظ «لا تبع ما ليس عندك» رواه البخاري وغيره، أي ما ليس في ملكك.

١٩٥٧ - بدليل ما في سنن البيهقي[٢]، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة «أن أبلغهم عن أربع خصال، إنه لا يصلح شرطان في بيع، ولا بيع وسلف، ولا بيع ما لم يملك، ولا ربح

(١) المسند ١/٣٨٨.
(٢) السنن الكبرى ٥/٣٣٩.

ما لم يضمن».

(والثانية) يقع التصرف موقوفاً على إجازة مالكه، إن أجازه جاز، وإن رده بطل.

١٩٥٨ ـ لحديث عروة بن أبي الجعد البارقي، أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى التراب لربح فيه[1]، رواه البخاري وغيره.

وإن كان الشراء في الذمة فهل ذلك كما لو كان الشراء بالعين، تجري فيه الروايتان، وهو قول القاضي في روايتيه، أو يصح هذا في الجملة بلا خلاف، وهو المعروف المشهور؟ على طريقتين للأصحاب، وعلى الثاني: هل من شرط الصحة أن لا يسمي الموكل في العقد، وهو رأي القاضي، وأبي البركات، أو لا يشترط ذلك، وهو رأي أبي محمد؟ وفيه قولان، وحيث حكم بالصحة فإن رضي الموكل بذلك التصرف لزمه، وزال الضمان عن الوكيل، فيما دفعه من مال ونحو ذلك، وإلا لزم الوكيل ما اشتراه، وعليه ضمان الثمن إن كان قد نقده، وعلى هذه الصورة يحمل كلام الخرقي، انتهى.

وتارة يخالف الوكيل في صفة ما وكل فيه، فهذا إن شهد العرف أن مخالفته كلا مخالفة لم تضر، وذلك كأن يوكله في بيع شيء بمائة، فيبيعه بمائة وعشرة، أو بدرهم فيبيعه بدينار، على أحد الوجهين، لحصول المقصود بالدرهم من الدينار من كل وجه، بخلاف العرض، أو يأمره بالبيع نساء، أو الشراء حالاً، فيبيع حالاً، أو يشتري نسيئة، ولا ضرر على الموكل في حفظ الثمن، وعن القاضي أنه لم يشترط نفي الضرر، أو يأمره بالبيع بثمن في سوق، فيبيع به في آخر، لعدم تعلق الغرض به غالباً، بخلاف ما لو قال: بعه لزيد، فباعه لعمرو، فإنه لا يصح لتعلق عرضه بذلك غالباً، انتهى.

وإن لم يشهد العرف بذلك لكن يمكن تدارك ما حصل من الضرر عن الموكل، مثل أن يوكله في بيع شيء بمائة، أو شراء شيء بخمسين فيبيع بخمسين ويشتري بمائة، ونحو ذلك، فهذا هل يصح ويضمن الوكيل الزيادة والنقص، لتفريطه، ومخالفته، وهو المنصوص، لزوال الضرر عن الموكل، ولا يلزم من زوال الوصف زوال الأصل، أو لا يصح، وهو اختيار أبي محمد في المغني، وبه جزم صاحب التلخيص، وقال: إنه الذي تقتضيه أصول المذهب، ويحكى رواية، لأنه مع مخالفته خرج عن حيز الأمانة، فصار بمنزلة الأجنبي، أو يصح البيع ولا يصح الشراء، لئلا يلزم العوض لغير من حصل له المعوض، وهذا المحذور فائت في البيع وهو الذي قطع به أبو محمد في المقنع؟ على ثلاثة أقوال، انتهى.

وإن لم يشهد العرف بذلك، ولم يمكن التدارك، كما تقدم فيما إذا أمره بالبيع

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٣٦٤٢، وأبو داود حديث ٣٣٨٤، وابن ماجه حديث ٢٤٠٢، وأحمد ٤/٣٧٦.

لزيد فباع لعمرو، ونحو ذلك، فإنه لا يصح قولاً واحداً، واللَّه أعلم.

قال: وبيع الملامسة والمنابذة غير جائز.

ش: المراد هنا بالجواز الصحة، وبعدمه البطلان، وإنما لم يصحا للنهي عنهما، المقتضي للفساد شرعاً.

١٩٥٩ ـ ففي الصحيحين عن أبي هريرة رضي اللَّه عنه، أن رسول اللَّه ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة(١)، وفي رواية لمسلم «أما الملامسة فأن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه، بغير تأمل، والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر، ولم ينظر كل واحد منهما ثوب صاحبه».

١٩٦٠ ـ وفي الصحيحين عن أبي سعيد نحوه، متناً وتفسيراً، والمنع من ذلك كان لاختلال شرط في المبيع، وهو العلم به، وقد فسر أيضاً بأن يقول: أي ثوب لمسته فهو علي بكذا، أو أي ثوب نبذته فهو علي بكذا، وهنا يجتمع مفسدان، الجهالة، والتعليق على شرط، واللَّه أعلم.

قال: وكذلك بيع الحمل في البطن دون الأم.

ش: أي غير جائز، وقد حكى ابن المنذر وغيره الإجماع على ذلك.

١٩٦١ ـ وفي الصحيحين عن ابن عمر رضي اللَّه عنهما، أن رسول اللَّه ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة، وكان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية، يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، وتنتج التي في بطنها(٢).

١٩٦٢ ـ وروى مالك عن ابن شهاب، أن سعيد بن المسيب كان يقول: لا ربا في الحيوان، وإن رسول اللَّه ﷺ إنما نهى في بيع الحيوان عن ثلاث، المضامين والملاقيح، وحبل الحبلة، فالمضامين ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح ما في ظهور الجمال، والنهي عن ذلك لعدم العلم بالمبيع، وانتفاء القدرة على التسليم.

وقول الخرقي: دون الأم. احترازاً مما إذا باعه مع أمه، فإنه يصح، تبعاً لأمه، كأس الحيط، ويدل هذا من كلامه على أن للحمل حكماً، وأنه يأخذ قسطاً من الثمن، وهو التحقيق، واختيار أبي محمد وغيره، وعن القاضي أنه لا حكم له وبيان ذلك، وما يتفرع عليه له محل آخر.

(تنبيه): «حبل الحبلة» بفتح الباء فيهما على الصحيح رواية ولغة، والحبل مصدر: حبلت المرأة. بكسر الباء: تحبل. بفتحها، إذا حملت، والحبلة جمع حابل كظالم وظلمة، وأصل الحبل في بنات آدم، والحمل في غيرهن، قاله أبو عبيد، وقد

(١) أخرجه البخاري حديث ٣٦٨، ٢١٤٥، ومسلم ١٠/ ١٥٤.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢١٤٣، ومسلم ١٠/ ١٥٧.

فسر ابن عمر ذلك، وإلى تفسيره صار الفقهاء، وقال المبرد: حبل الحبلة حمل الكرمة قبل أن تبلغ، والحبلة الكرمة، بسكون الباء وفتحها «والمضامين، والملاقيح» قد فسرهما سعيد بن المسيب، قال الشافعي: الملاقيح ما في بطون الإناث، والمضامين ما في ظهور الجمال. وكذا فسره أبو عبيد وغيره، والله أعلم.

قال: وبيع عسب الفحل غير جائز.

ش: عسب الفحل ضرابه، وبيع ذلك ـ وكذلك إجارته لذلك ـ لا تصح، للنهي عن ذلك.

١٩٦٣ ـ ففي البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل(١).

١٩٦٤ ـ وفي مسلم: نهى النبي ﷺ عن ضراب الفحل(٢)، ولأنه لا يتحقق تسليم ذلك، لأنه معلق باختيار الفحل وشهوته.

ولابن عقيل احتمال: يجوز إجارته لذلك، لأنها منفعة مقصودة، والغالب حصول النزو، فيكون ذلك مقدوراً عليه، وجوز أبو محمد دفع الأجرة دون أخذها، لاحتياج الدافع إلى ذلك.

١٩٦٥ ـ ولأن النبي ﷺ أعطى الحجام.

١٩٦٦ ـ وقال: «إن كسبه خبيث»(٣) وفيما قاله نظر، لأنه إن سلم أن الخبيث المحرم فالمراد بالكسب الأجرة، والنبي ﷺ لم يدفع إليه ذلك أجرة، وإلا يلزم أنه أعانه على المعصية، وهو ممتنع قطعاً، وإنما دفع إليه ما دفعه على سبيل البر والصلة.

وقد بالغ إمامنا رحمه الله، فمنع أن يعطى صاحب الفحل شيئاً على سبيل الهدية ونحوها، وقوفاً على ما ورد، وقال: لم يبلغنا أن النبي ﷺ أعطى في مثل هذا شيئاً، كما بلغنا في الحجام، وقد قرر القاضي ذلك، وقال: إنه مقتضى النظر، لكن ترك في الحجام للنص، فيبقى فيما عداه على مقتضى المنع، وأبو محمد حمل كلام الإمام أحمد على التورع، وجوز الدفع إليه على سبيل الهدية ونحوها.

١٩٦٧ ـ لما روي عن أنس رضي الله عنه أن رجلاً من بني كلاب سأل رسول الله ﷺ عن عسب الفحل، فنهاه عن ذلك، فقال: يا رسول الله إنا نطرق ونكرم، فرخص في الكرامة، رواه الترمذي(٤) (قلت): وهذا الحديث الظاهر أنه لم يثبت عند الإمام، والله سبحانه أعلم.

قال: والنجش منهي عنه.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٢٨٤.

(٢) أخرجه مسلم ١٠/٢٢٨، والنسائي ٧/ ٣١٠.

(٣) أخرجه البخاري حديث ٢١٠٢، ومسلم ١٠/ ٢٤١.

(٤) الجامع الصحيح ١٢٩٢.

ش: هذا مما لا ريب فيه.

١٩٦٨ ـ فعن أبي هريرة رضي اللّه عنه، أن رسول اللّه ﷺ قال: «لا تتلقوا الركبان، ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد»[(١)].

١٩٦٩ ـ وعن ابن عمر رضي اللّه عنهما، قال: نهى رسول اللّه ﷺ عن النجش[(٢)]، والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها، وليس في نفسك شراؤها، فيقتدي بك غيرك.

١٩٧٠ ـ وقال ابن أبي أوفى: الناجش آكل ربا، خائن، وهو خداع باطل لا يحل. ذكره البخاري تعليقاً.

وظاهر كلام الخرقي رحمه اللّه أن البيع مع النجش صحيح، لأنه قال: والنجش منهي عنه، وقال فيما تقدم: غير جائز، وهذا هو المذهب المشهور، لأن النهي لحق آدمي معين، ويمكن تداركه، فأشبه تلقي الركبان، وبيع المدلس، ونحو ذلك، وقيل عن أحمد رواية أخرى، أن البيع باطل تغليباً لحق اللّه تعالى في النهي، وقال أبو محمد: إن هذا اختيار أبي بكر، والذي في التنبيه: أن النجش لا يجوز.

وفي المذهب قول ثالث، صححه ابن حمدان: إن نجش البائع، أو واطأ على ذلك بطل البيع، وهذا القول خرجه صاحب التلخيص من قول أبي بكر، في إبطال البيع بتدليس العيب، وهو يؤيد رد ما حكاه عنه أبو محمد من البطلان مطلقاً، انتهى، ووجه هذا القول أن البائع أحد ركني العقد، فارتكابه النهي يفسد البيع، بخلاف الأجنبي.

وإذا صح البيع فحيث غر المشتري ـ وذلك بأن كان جاهلاً بالقيمة، فغبن غبناً يخرج عن العادة ـ ثبت له الخيار، نص عليه، دفعاً للضرر عنه المنفي شرعاً، أما إن كان عارفاً بالقيمة فلا خيار له، لأنه الظالم لنفسه بتفريطه.

والخرقي رحمه اللّه لم يتعرض للخيار، فيحتمل أنه لم ير ذلك، كما هو قول بعض أهل العلم، لأنه فرط، حيث اشترى ما لا يعرف قيمته، واللّه أعلم.

قال: وهو أن يزيد في السلعة، وليس هو مشترياً لها.

ش: هذا تفسير النجش، وإذاً يغر المستام، وهو نحو تفسير ابن عمر رضي اللّه عنهما، وهو حرام وخداع، كما قال ابن أبي أوفى، وقد زاد بعض أصحابنا في تفسيره فقال: ليغر الغر. وهو حسن، لأن غير الغر ـ وهو العارف بالقيم ـ لا يغتر بمثل ذلك، وإن اغتر فذلك لعجلته، وعدم تأمله، وأصل النجش قيل: الاستثارة والاستخراج، ومنه

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٤٠، ومسلم ١٠/ ١٦٠، وأحمد ٢/ ٣٧٩.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢١٤٢، ومسلم ١٠/ ١٦١.

سمي الصائد ناجشاً، لاستخراجه الصيد من مكانه، فالزائد في السلعة كأنه استخرج من المستام في ثمن السلعة ما لا يريد أن يخرجه، وقيل: أصل النجش مدح الشيء وإطراؤه، والناجش يغر المشتري بمدحه، ليزيد في الثمن، انتهى، وحكم زيادة المالك في الثمن ـ كأن يقول: أعطيت في هذه السلعة كذا. وهو كاذب ـ حكم نجشه، واللَّه أعلم.

قال: فإن باع حاضر لباد فالبيع باطل.

ش: الحاضر المقيم في المدن والقرى، والبادي المقيم بالبادية، والمراد هنا بالبادي ـ على ما قال أبو محمد ـ من يدخل البلدة من غير أهلها، وإن كان من قرية أو من بلدة أخرى، والحاضر المقيم في البلد، ولا ريب أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحاضر للبادي.

١٩٧١ ـ فعن جابر رضي اللَّه عنه، قال: قال رسول اللَّه ﷺ «لا بيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق اللَّه بعضهم من بعض»(١) رواه مسلم والترمذي، وأبو داود والنسائي.

١٩٧٢ ـ وعن أنس رضي اللَّه عنه، قال: نهى رسول اللَّه ﷺ أن يبيع حاضر لباد، وإن كان أخاه لأبيه وأمه(٢).

١٩٧٣ ـ وعن ابن عباس رضي اللَّه عنهما قال: قال رسول اللَّه ﷺ «لا تلقوا الركبان، ولا يبع حاضر لباد»(٣) متفق عليهما.

١٩٧٤ ـ وروي أيضاً ذلك من حديث ابن عمر، وأبي هريرة، وطلحة بن عبيد اللَّه وإنما نهى عن ذلك ـ واللَّه أعلم ـ لأنه متى ترك القادم يبيع سلعته اشتراها الناس منه برخص، وتوسع عليهم السعر، بخلاف ما إذا توفى الحاضر بيعها، فإنه لا يبيعها غالباً إلا بغلاء، وإذاً يحصل الضرر لأهل البلد، وقد أشار النبي ﷺ في تعليله إلى ذلك.

ولما كان هذا المعنى وجوده في أول الإسلام أكثر، لما كان عليهم من الضيق، اختلف العلماء في بقاء النهي، وعن إمامنا رحمه اللَّه في ذلك روايتان (إحداهما) زواله، وقال: كان ذلك مرة. (والثانية) ـ وهي المشهورة عنه، وعليها الأصحاب ـ بقاؤه، لعمومات النهي، ووجود المعنى إذاً، فعلى الأولى لا تفريع، أما على المذهب فإذا باع الحاضر لهم، فهل يبطل البيع بشرطه، وبه قطع الخرقي، اعتماداً على النهي لاقتضائه فساد المنهي عنه، ولأن الضرر لا يمكن تداركه لأنه لآدمي غير معين،

(١) أخرجه مسلم ١٠/ ١٦٤، وأبو داود حديث ٣٤٤٢، والنسائي ٧/ ٢٥٦، وأحمد ٣/ ٣٠٧.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢١٦١، ومسلم ١٠/ ١٦٥.
(٣) أخرجه البخاري حديث ٢١٥٨، ومسلم ١٠/ ١٦٤.

بخلاف تلقي الجلب، أو لا يبطل، لأن النهي لمعنى يتعلق بعين المعقود عليه، وهو النظر لأهل البلد، لمقصود التوسعة، فهو كتلقي الركبان، نظراً لحق الجالبين، لكن ثبت الخيار ثم، لاختصاص الضرر بالعاقد، وهنا غلاء السعر عام؟ على روايتين، وجعل ابن المنجا الصحة على القول بزوال النهي، والبطلان على القول ببقائه ليس بشيء، إنما الروايتان على القول بالبقاء.

ومقتضى كلام الخرقي صحة الشراء للبادي، وهو كذلك، لأن النهي إنما ورد عن البيع، لمعنى يختص به، وهو الرفق بأهل الحضر، وهذا غير موجود في الشراء للبادي، إذ لا يتضرر الحاضر إذا لم يغبن البادي، والخلق في نظر الشارع على السواء.

(تنبيه): هل للحاضر أن يشير على البادي، من غير أن يباشر العقد؟ مال أبو محمد إلى جواز ذلك.

١٩٧٥ ـ اقتداء بطلحة بن عبيد اللَّه، فإنه قال لباد سأله أن يبيع له: إن رسول اللَّه ﷺ نهى أن يبيع حاضر لباد، ولكن اذهب إلى السوق، فإن جاءك من يبايعك فشاورني، حتى آمرك وأنهاك[1].

١٩٧٦ ـ (قلت): وقد روى البيهقي في سننه[2] عن جابر رضي اللَّه عنه قال: قال رسول اللَّه ﷺ: «ادعوا الناس يرزق اللَّه بعضهم من بعض، فإذا استنصح أحدكم أخاه فلينصحه» وهذا نص إن صح، واللَّه أعلم.

قال: وهو أن يخرج الحضري إلى البادي وقد جلب السلع، فيعرفه السعر، ويقول: أنا بيع لك بكذا، فنهى رسول اللَّه ﷺ عن ذلك، وقال «دعوا الناس يرزق اللَّه بعضهم من بعض».

ش: أي بيع الحاضر للبادي ـ الذي قد نهى عنه رسول اللَّه، والذي هو باطل ـ هو هذا، وهو (أن يخرج الحضري إلى البادي) أي ليبيع له، فإن كان القاصد هو البادي لم يكن للحاضر أثر في الفعل، وإذاً يصح البيع، ويزول النهي، وعموم الأحاديث ـ وهو الذي فهمه طلحة بن عبيد اللَّه ـ يقتضي عدم اشتراط ذلك انتهى (وأن يكون) البادي جلب السلع، أي للبيع لا للخزن ونحو ذلك، لأن المنع كان لأجل التوسعة، ومع قصد الخزن ونحو ذلك التوسعة في ترغيبه في البيع (وأن يكون) البادي جاهلاً بالسعر، والحاضر عارفاً به، ليعرفه إياه، لأنه إذا كان عارفاً بالسعر لم يزده الحاضر على ما عنده شيئاً، وحكى ابن أبي موسى رواية بالبطلان وإن عرف البادي السعر، ورواية بالبطلان أيضاً وإن جهل الحاضر السعر.

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٤٤١.
(٢) السنن الكبرى ٥/٣٤٧.

وزاد القاضي وغيره شرطين آخرين (أحدهما) أن يريد البادي البيع بسعر اليوم، فإن كان قصده البيع بسعر معلوم، كان المنع من البيع من جهته، لا من جهة الحاضر، وزاد بعضهم في هذا الشرط: أن يقصد البيع بسعر اليوم حالاً لا نسيئة. (الشرط الثاني) أن يكون بالناس حاجة إليها، لأن مع عدم حاجتهم التوسعة مستغنى عنها، وهذه الشروط الخمسة شروط للبطلان والنهي، متى فقد واحد منها صح البيع، وزال النهي، واللَّه سبحانه أعلم.

قال: ونهى عن تلقي الركبان.

١٩٧٧ ـ ش: الأصل في ذلك ما روى ابن عمر أن رسول اللَّه ﷺ نهى عن تلقي السلع حتى يهبط بها الأسواق(١).

١٩٧٨ ـ وعن ابن عباس: نهى رسول اللَّه ﷺ أن تتلقى الركبان، ولا يبيع حاضر لباد(٢). متفق عليهما.

١٩٧٩ ـ وفي الصحيح أيضاً نحو ذلك عن ابن مسعود، وأبي هريرة.

(تنبيه): يجوز تلقي الجلب في أعلى السوق، قاله أبو محمد، لأن في حديث ابن عمر: أن رسول اللَّه ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها إلى السوق. واللَّه أعلم.

قال: فإن تلقوا واشترى منهم فهم بالخيار إذا دخلوا السوق، وعرفوا أنهم قد غبنوا، إن أحبوا أن يفسخوا البيع فسخوا.

ش: إذا تلقيت الركبان فاشترى منهم، فهل يصح البيع، وهو المذهب المنصوص المقطوع به.

١٩٨٠ ـ لما روى أبو هريرة رضي اللَّه عنه قال: قال رسول اللَّه ﷺ «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه شيئاً فصاحبه بالخيار إذا جاء السوق»(٣) روه مسلم، وأبو داود والترمذي. ولأن الحق في النهي لآدمي معين، أمكن تداركه، وبهذا فارق الحاضر للبادي، والبيع في وقت النداء، أو لا يصح، اعتماداً على عامة الأحاديث في النهي المطلق؟ على روايتين.

وعلى المذهب للركبان الخيار إذا هبطوا السوق، ورأوا أنهم قد غبنوا، على ظاهر الحديث، وقول عامة الأصحاب، ولم يشترط ذلك بعض المتأخرين، بل العلم بالغبن لأن دخول السوق في الحديث حيلة ـ واللَّه أعلم ـ بمعرفة الغبن، فإذا عرف قبل ثبت له الخيار.

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٦٥، ومسلم ١٠/ ١٦١.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢١٥٨، ومسلم ١٠/ ١٦٤.
(٣) أخرجه مسلم ١٠/ ١٦٣، وأبو داود حديث ٣٤٣٧.

وشرط ثبوت الخيار بالغبن أن يكون فاحشاً، يخرج عن العادة على المذهب، وقدره بعض الأصحاب بالسدس، وبعضهم بالثلث، والخرقي رحمه اللّه أطلق الغبن فيحتمل أنه اكتفى بمجرد الغبن، ويحتمل أن يكون موافقاً للأصحاب، إذ الغبن إذا لم يخرج عن العادة لم يطلق عليه في العرف غبن.

وحكم البيع لهم حكم الشراء منهم، إذ الخديعة موجودة فيهما، وإذاً الخرقي إنما ذكره الشراء لأنه الغالب.

وقوة كلام الخرقي يقتضي أن الحكم مخصوص بقصد التلقي، فلو خرج بغير قصد، فوافقهم فاشترى منهم، لم يحرم عليه ذلك، وهو احتمال لأبي محمد، وقال القاضي: لا فرق بين القصد وعدمه في امتناع الشراء منهم، إذ النهي دفعاً للخديعة والغبن عنهم، وهذا موجود وإن لم يقصد التلقي.

(تنبيه): المعنى في النهي عن التلقي واللّه أعلم أن المتلقي غالباً إما أن يكذب في سعر البلد، وإذاً يكون غارّاً غاشّا، أو يسكت فيكون مدلساً خادعاً، أما إن صدق في سعر البلد، فهل يثبت للركبان الخيار، لعموم النهي أو لا يثبت لانتفاء الخديعة؟ فيه احتمالان واللّه أعلم.

قال: وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل.

ش: هذا هو المذهب بلا ريب، لأنه وسيلة إلى المحرم، والوسيلة إلى المحرم محرمة بلا ريب، وإذاً يبطل البيع لارتكاب المحرم، قال جل وعلا ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢].

١٩٨١ ـ وفي السنن أن النبي ﷺ لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه، وشاربها، وبائعها، ومبتاعها، وساقيها[١]، وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها.

وفي المذهب قول آخر: يصح البيع مع التحريم، وشرط البطلان على البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله، أو بقرائن دلت على ذلك، أما إن ظن ذلك ولم يتحققه فإن البيع يصح مع الكراهة، قاله صاحب التلخيص، وحكم ما كان وسيلة إلى المحرم كذلك، كبيع السلاح للبغاة، أو لأهل الحرب، أو الجارية للغناء، أو الأقداح والخبز والفواكه والمشموم والشموع لمن يشرب عليها المسكر، والبيض للقمار، والحرير لمن يحرم عليه، ونحو ذلك، أما بيع السلاح من أهل العدل لقتال البغاة، وقطاع الطريق، فجائز، واللّه أعلم.

قال: ويبطل البيع إذا كان فيه شرطان، ولا يبطله شرط واحد.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٦٧٤، وابن ماجه حديث ٣٣٨٠، وأحمد ٢/ ٢٥، ٧١.

ش: يبطل البيع بشرطين في الجملة.

١٩٨٢ ـ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك»[١] رواه أبو داود والترمذي وصححه، ولا يبطل بشرط واحد، لمفهوم ما تقدم.

١٩٨٣ ـ وللحديث الصحيح «من باع نخلاً مؤبرة فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع»[٢].

١٩٨٤ ـ قال الإمام أحمد رحمه اللَّه: إنما نهى رسول اللَّه ﷺ عن شرطين في البيع، قال: وحديث جابر يدل على إباحة الشرط، حين باعه جملة، واستثنى ظهره إلى المدينة، ويستثنى من ذلك ـ على رأي الخرقي ـ جز الرطبة فقط، وما في معناها على ما تقدم.

وعموم كلام الخرقي يدخل فيه الشرط الفاسد، فلا يفسد البيع به، وهو إحدى الروايتين، وقد تقدم ذلك أيضاً.

(تنبيه): اختلف في الشرطين المبطلين للعقد، فعن القاضي في المجرد أنهما شرطان مطلقاً، أي سواء كانا صحيحين أو فاسدين، من مصلحة العقد أو من غير مصلحته، زاعماً أن هذا ظاهر كلام أحمد، ومعتمداً على إطلاق الحديث، وكذلك قال ابن عقيل في التذكرة، معللاً بأن اشتراط الشرطين يفضي إلى اشتراط الثلاثة، وما لا نهاية له، وعن أحمد أنه فسرهما بشرطين صحيحين، ليسا من مصلحة العقد، كأن يشتري حزمة حطب، ويشترط على البائع حملها وتكسيرها، أو ثوباً ويشترط خياطته وتفصيله، ونحو ذلك، لا ما كان من مصلحته، كالرهن، والضمين، فإن اشتراط مثل ذلك لا يؤثر، وإن كثر، ولا ما كان من مقتضاه بطريق الأولى، ولا الشرطين الفاسدين، إذ الواحد كاف في البطلان، وهذا اختيار الشيخين، وصاحب التلخيص، والقاضي في شرحيه، وغالى أبو محمد فقال: إن ما كان من مقتضى العقد كاشتراط تسليم المبيع، وحلول الثمن، لا يؤثر فيه بلا خلاف. وعن الإمام أنه فسرهما بشرطين فاسدين، وكذلك بعض الأصحاب، وضعفه صاحب التلخيص، بأن الواحد يؤثر في العقد، فلا حاجة إلى التعدد، ويجاب بأن الواحد في تأثيره خلاف، أما الشرطان فلا خلاف في تأثيرهما، واللَّه أعلم.

قال: وإذا قال: أبيعك بكذا، على أن آخذ منك الدينار بكذا، لم ينعقد البيع، وكذلك إن باعه بذهب، على أن يأخذ منه دراهم بصرف ذكراه.

ش: إذا شرط عقداً في عقد، مثل أن باعه شيئاً بدراهم، وشرط أن يصارفه عن

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٠٤، والترمذي ١٢٥٢، وأحمد ٢/ ١٧٤.

(٢) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٨٨٣.

الدراهم بدنانير معلومة: أو بذهب وشرط أن يأخذ دراهم، أو باعه داره على أن يبيعه داره الأخرى، أو على أن يبيعه المشتري داره، أو على أن يؤجرها له، ونحو ذلك، فالمذهب المشهور أن العقد يبطل.

١٩٨٥ ـ لما روى أبو هريرة رضي اللَّه عنه، أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة، رواه الترمذي وصححه، قال إمامنا: هذا معناه. ولما تقدم في حديث عبد اللَّه بن عمرو «لا يحل سلف وبيع» وفي المذهب قول آخر، حكاه أبو محمد، تخريجاً من الشروط المنافية لمقتضى العقد، كأن لا يبيع، ولا يهب، وأبو البركات حكاه رواية: يصح العقد، ويبطل الشرط، كما ثبت ذلك بالنص في شرط الولاء.

واعلم أن الخرقي رحمه اللَّه قال قبل: إن البيع لا يبطله شرط واحد، وقال هنا بالبطلان، فيحتمل أن مذهبه أن كل الشروط الفاسدة تبطل البيع، ويكون ما تقدم مراداً به الشرط الصحيح، ويحتمل أن يخص البطلان بهذا الشرط وما في معناه من اشتراط عقد في عقد.

(تنبيه): للعلماء في تأويل بيعتين في بيعة تأويل آخر، قاله مالك، والشافعي وغيرهما، وهو أن يقول بعتك بعشرة نقداً، أو بعشرين نسيئة، أو بعتك بدينار، أو بعشرة دراهم، ونحو ذلك، وهذا أيضاً لا يصلح على المذهب، لعدم العلم بالمبيع، وخرج أبو الخطاب في الهداية صحة ذلك، من رواية: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم، وتردد أبو محمد في التخريج، وفرق على البيع بأن العقد ثم تمكن صحته، لكونه جعالة، تحتمل فيها الجهالة، وبأن العمل الذي يستحق به الأجرة لا يقع إلا على إحدى الصفتين، فتتعين الأجرة المسماة عوضاً، فلا تنازع، بخلاف هنا، وفي كليهما نظر، لأن العلم بالعوض في الجعالة شرط، كما هو في الإجارة، والبيع والقبول أيضاً في البيع لا يقع إلا على إحدى الصفتين فيتعين ما سمي لها، واللَّه أعلم.

١٩٨٦ ـ ش: لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ قال: «من ولي ليتيم مالاً فليتجر به، ولا يدعه حتى تأكله الصدقة» رواه الترمذي[1].

١٩٨٧ ـ وروي نحوه عن عمر رضي اللَّه عنه، قال علماء الحديث: وهو أصح من المرفوع.

١٩٨٨ ـ وعن القاسم رضي اللَّه عنه، قال: كانت عائشة تزكي أموالنا وإنها لتتجر بها في البحرين. ولأن ذلك أحظ لليتيم، لكون نفقته تكون في ربحه، والولي يفعل الأحظ، ويشعر هذا التعليل بأن شرط الاتجار به كونه في المواضع الآمنة، ولا بد من ذلك، وحكم الأب والحاكم، وأمينه حكم الوصي بل أولى، وظاهر كلام أبي محمد

(١) الجامع الصحيح ٦٣٦.

في المغني أو صريحه أن ذلك على سبيل الجواز والندبية، لا على سبيل الوجوب، إذ لا يجب على الولي أن يحصل له نفعاً، بل الواجب عليه أن لا يضره، وأورد على هذا إذا وهب له من يعتق عليه، ولا تلزمه نفقة، أنه يجب على الولي القبول، ويجاب بأن هنا محض مصلحة، من غير ضرر ما، بخلاف ما تقدم، فإن على الولي ضرراً في تفويت منافعه. واللَّه أعلم.

قال: ولا ضمان عليه.

ش: أي إذا اتجر الوصي بمال اليتيم، فخسر المال أو تلف، فلا ضمان عليه، لأنه فعل ما أذن له فيه، أشبه ما لو أحرزه في حرز مثله فتلف، ونحو ذلك، واللَّه أعلم.

قال: والربح كله لليتيم.

ش: لأنه نماء ملكه، فكان له، كبقية أملاكه، وليس للولي من ذلك شيء، لأنه إنما يكون له ذلك بعقد، وليس له أن يعقد مع نفسه، لقوة التهمة عليه في ذلك، واللَّه أعلم.

قال: فإن أعطاه لمن يضارب له به فللمضارب من الربح ما وافقه عليه الوصي.

ش: للوصي أن يدفع المال إلى من يتجر فيه، كما لو أن يتجر فيه بنفسه.

١٩٨٩ ـ وقد روي عن عمر رضي اللَّه عنه أنه فعل ذلك وله أن يجعل للمدفوع إليه جزءاً من الربح، لأن ذلك مما يعد في العرف مصلحة وتصرف الولي منوط بالمصلحة، واللَّه أعلم.

قال: وما استدان العبد فهو في رقبته، يفديه سيده، أو يسلمه، فإن جاوز ما استدان قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته، إلا أن يكون مأذوناً له في التجارة، فيلزم مولاه جميع ما استدان.

ش: للعبد في استدانته ونحوها حالتان (إحداهما) أن يكون مأذوناً له في التجارة، فهذا ما استدانه كبيع أو قرض ونحوهما (هل يلزم سيده)؟ وهو المشهور من الروايات واختيار الخرقي، والقاضي، وأبي الخطاب، وغيرهم لأنه أغرى الناس بمعاملته، بإذنه فيها، أشبه ما لو قال: داينوه.

١٩٩٠ ـ ولعموم ما روي عن جابر رضي اللَّه عنه أن رسول اللَّه ﷺ قال: «من باع عبداً وله مال، فله ماله وعليه دينه، إلا أن يشترط المبتاع» رواه البيهقي في سننه[1]، وقال: هذا إن صح فالمراد العبد المأذون له في التجارة. (أو برقبة العبد)؟ لأنه القابض للمال، المتصرف فيه، أشبه غير المأذون له. (أو بذمة السيد) لإذنه،

(١) السنن الكبرى ٦/ ٥.

(ورقبة العبد) لقبضه المال؟ على ثلاث روايات، وبنى أبو العباس الروايتين الأولتين على أن تصرفه مع الإذن هل هو لسيده فيتعلق ما أدانه بذمته كوكيله، أو لنفسه فيتعلق برقبته؟ على روايتين. انتهى. ومحل الخلاف فيما ثبت ببينة، أو بإقرار السيد، أما ما أنكره السيد، ولا بينة به، فإنه يتعلق بذمة العبد إن أقر به، وإلا فهو هدر.

وعموم كلام الخرقي وكثير من الأصحاب يقتضي جريان الخلاف وإن كان في يده مال، ويؤيد إرادة ذلك ما حكاه أبو محمد، بعد حكاية الخلاف عن مالك، والشافعي رحمهما اللّه، أنهما قالا: إن كان في يده مال قضي دينه منه، وإلا تعلق بذمته، ومقتضى ذلك أنا نخالفهما في ذلك، ثم إذا قلنا: إنه كالوكيل. فإن العهدة تتعلق بالموكل الذي هو السيد هنا، وإن كان له في يد موكله مال، وجعل ابن حمدان محل الخلاف فيما إذا عجز ما في يده عن الدين.

«تنبيهان»: «أحدهما»: حكم ما استدانه أو اقترضه بإذن سيده حكم ما استدانه حيث أذن له في التجارة، قاله في المغني، وقطع في التلخيص والبلغة بلزومه للسيد، وكذا قال أبو العباس، وهو ظاهر كلام المجد «الثاني»: قال أبو محمد ـ وتبعه ابن حمدان ـ: لا فرق في الذي استدانه بين أن يكون في الذي أذن له فيه، أو في الذي لم يأذن له فيه، كأن يأذن له في التجارة في البر مثلاً، فيتجر في غيره، إناطة بتغرير السيد، وفيه نظر.

(الحالة الثانية) العبد غير المأذون له، ولتصرفه حالتان أيضاً (إحداهما): أن يتصرف في عين المال، إما لنفسه أو للغير، فهذا كالغاصب، أو كالفضولي، على ما هو مقرر في موضعه (الثانية) أن يتصرف في الذمة، فهل يصح تصرفه، إلحاقاً له بالمفلس، إذ الحجر عليه لحق غيره وهو السيد، أو لا يصح إلحاقاً له بالسفيه، إذ أهليته ناقصة، وإذن السيد مكمل لها؟ فيه قولان، حكاهما أبو محمد، وصاحب التلخيص وجهين، وأبو البركات روايتين، فعلى الأول ما اشتراه أو اقترضه، إن وجد في يده انتزع منه، لتحقق إعساره، قاله أبو محمد وصاحب التلخيص، وغيرهما، وإن أخذه سيده لم ينتزع منه على المشهور، لأنه وجده في يد مملوكه بحق، أشبه ما لو وجد في يده صيداً ونحو ذلك، واختار صاحب التلخيص جواز الانتزاع منه، معللاً بأن الملك واقع للسيد ابتداء، وإن تلف بيد السيد لم يضمنه، ثم هل يتعلق ثمنه برقبة العبد، أو بذمته، على الخلاف الآتي؟ وكذلك إن تلف بيد العبد، ومقتضى كلام أبي البركات أنه لا ينتزع ولو كان بيد العبد، وأن الثمن يتعلق بذمته بلا نزاع، ويظهر قوله إن علم البائع أو المقرض بالحال، أما إذا لم يعلم فيتوجه قول الأكثرين، وعلى الثاني ـ وهو بطلان التصرف ـ يرجع مالك العين في عينه حيث وجدها، فإن تلفت في يد العبد فهل تتعلق قيمتها برقبته كجناياته، وهو المشهور، واختيار الخرقي، وأبي بكر، أو بذمته، يتبع بها إذا عتق، حذاراً من تضرر السيد.

١٩٩١ ـ ولعموم ما روى ابن أبي الزناد، عن أبيه، عن الفقهاء التابعين من أهل المدينة، قال: كانوا يقولون: دين المملوك في ذمته. رواه البيهقي في سننه[١]، أو إن علم رب العين بكونه عبداً فلا شيء له، لأنه المتلف لماله، نص عليها في رواية حنبل، معللاً بما تقدم؟ على ثلاث روايات، وإن تلفت بيد السيد فكذلك، على مقتضى كلام المجد وقال أبو محمد، وصاحب التلخيص، وغيرهما: يرجع إن شاء على السيد، وإن شاء على العبد، ثم إن أبا محمد مال إلى رقبته، ومال صاحب التلخيص وابن حمدان إلى ذمته.

وحيث علق شيء من ذلك برقبة العبد، فإن سيده يخير بين تسليمه أو فدائه، فإن سلمه برىء، وإن لم تف قيمته بالحق، أما إن سلم فبيع، وفضلت من ثمنه فضلة عن أرش جنايته، فهل تكون لسيده ـ وهو اختيار أبي محمد ـ، أو للمجني عليه ـ وهو ظاهر كلام الإمام، على ما قاله القاضي ـ؟ فيه قولان، وإن فداه وكذا إن أعتقه فهل يلزمه أرش الجناية، بالغة ما بلغت، أو لا يلزمه إلا الأقل من قيمته، أو أرش جنايته، وهو المشهور؟ على روايتين، والله أعلم.

قال: وبيع الكلب باطل، وإن كان معلماً.

١٩٩٢ ـ ش: لما في الصحيحين عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي وحلوان الكاهن[٢].

١٩٩٣ ـ وقال ﷺ: «ثمن الكلب خبيث»[٣] رواه مسلم.

١٩٩٤ ـ وأصرح منها ما في سنن البيهقي[٤] ـ وقد جود إسناده ـ عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله: «لا يحل ثمن الكلب، ولا حلوان الكاهن، ولا مهر البغي».

وقول الخرقي: وإن كان معلماً. لأن بعض العلماء أجاز بيع المعلم دون غيره، وإليه ميل بعض المتأخرين من أصحابنا.

١٩٩٥ ـ لأن في رواية لأبي هريرة «إلا كلب الصيد» وكذلك في حديث لجابر، لكنهما ضعيفان، قال البيهقي: الثابت عن النبي ﷺ خال عن هذا الاستثناء والاقتناء، ونحو ذلك قال الدارقطني وغيره، والله أعلم.

قال: ومن قتله وهو معلم فقد أساء.

ش: فسر أبو محمد رحمه الله «أساء» بالتحريم، وذلك لأنه حيوان يباح اقتناؤه،

---

(١) السنن الكبرى ٦/ ٥.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٢٣٧، ومسلم ١٠/ ٢٣٠.
(٣) أخرجه مسلم ١٠/ ٢٣٢، وأحمد ٣/ ٤٦٤.
(٤) السنن الكبرى ٦/ ٦.

والانتفاع به، فحرم إتلافه كالشاة.

١٩٩٦ ـ ولعموم «لا ضرر ولا ضرار»[١] وكذلك حكم كل كلب يباح اقتناؤه ككلب الماشية والزرع، لا لحفظ البيوت على الأشهر، أما ما لا يباح اقتناؤه، ولا أذى فيه، فقال أبو محمد: لا يباح قتله. ويحتمله كلام الخرقي في المحرم في قوله: وله أن يقتل الحدأة، والفأرة، والعقرب، والكلب العقور، وكل ما عدا عليه، أو آذاه، ولا فداء عليه.

١٩٩٧ ـ لما روى جابر رضي اللَّه عنه، قال: أمرنا رسول اللَّه ﷺ بقتل الكلاب، حتى أن المرأة تقدم من البادية بكلبها، فنقتله، ثم نهى عن قتلها، وقال: «عليكم بالأسود البهيم، ذي النقطتين، فإنه شيطان»[٢] رواه مسلم.

وقوة كلام الخرقي هنا يقتضي عدم التحريم، لتخصيصه الحكم بالمعلم، وبه قطع أبو البركات، مع القول بالكراهة، وقد ينبني ذلك على النهي بعد الأمر. هل هو لما قبل الأمر، أو للكراهة؟ على قولين، أشهرهما الأول، ويستثنى على كل حال الكلب الأسود البهيم، فإنه يباح قتله للحديث، وكذلك الكلب العقور.

١٩٩٨ ـ لحديث عائشة رضي اللَّه عنها: أن رسول اللَّه ﷺ قال: «خمس من الدواب كلهن فواسق، يقتلن في الحرم، الغراب، والحدأة، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور»[٣] ويقتلان وإن كانا معلمين، ويلحق بالكلب العقور كل ما آذى الناس وضرهم في أنفسهم وأموالهم، فإنه يباح قتله، وما لا أذى فيه لا يباح قتله على قول أبي محمد، ويباح على قول المجد، ولا غرم عليه عند المجد، لكن يكره تنزيهاً، واللَّه أعلم.

قال: ولا غرم عليه.

ش: إذا قتل الكلب قاتل غرم عليه، وإن كان معلماً لأنه لا يقابل بالعوض شرعاً للنهي عنه وجعله خبيثاً.

١٩٩٩ ـ وقد جاء في حديث ابن عباس رضي اللَّه عنهما، قال: نهى رسول اللَّه ﷺ عن ثمن الخمر، ومهر البغي، وثمن الكلب، وقال: «إذا جاء يطلب ثمن الكلب، فاملأ كفه تراباً» رواه أبو داود[٤].

٢٠٠٠ ـ وما جاء عن عثمان رضي اللَّه عنه، وعبد اللَّه بن عمرو بن العاص رضي اللَّه عنهما أنهما غرما قاتل الكلب، فقد ضعفا. واللَّه أعلم.

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٧٤٥، ٨٠٥.
(٢) أخرجه مسلم ١٠/ ٢٣٦، وأحمد ٣/ ٣٣٣.
(٣) أخرجه البخاري حديث ١٨٢٩، ومسلم ٨/ ١١٣.
(٤) سنن أبي داود حديث ٣٤٨٢.

قال: وبيع الفهد والصقر المعلم جائز.

ش: وكذلك ما في معناهما كالشاهين، والبازي، ونحوهما، وهذا إحدى الروايتين، واختيار أبي محمد، لأنه حيوان يباح نفعه واقتناؤه مطلقاً، فأشبه البغل والحمار، ولعموم ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ إن قيل بعمومه (والثانية): ـ واختارها أبو بكر، وابن أبي موسى ـ لا يجوز، إلحاقاً لها بالكلب، لنجاستها، إذ المنع منه معلل بذلك، وخرج البغل والحمار، وإن قيل بنجاستهما بالإجماع، على أن ابن عقيل خرج فيهما قولا بالمنع. انتهى، ومقتضى هذا التعليل تخصيص محل الخلاف، وجعله على القول بنجاسة ذلك، وكثير من الأصحاب يطلق الخلاف، وقد أكد ابن حمدان إرادة الإطلاق، فقال ـ بعد ذكر الروايتين ـ: وقيل: ما قيل بطهارته منها صح بيعه، وما لا فلا.

وقول الخرقي: المعلم. يحترز عن غير المعلم فإنه لا يجوز بيعه، لعدم الانتفاع به، نعم إن قبل التعليم جاز بيعه على الأشهر، كالجحش الصغير، والله أعلم.

قال: وكذلك بيع الهر.

ش: أي يجوز بيعه، وهذا إحدى الروايتين، واختيار أبي محمد، لما تقدم.

٢٠٠١ ـ ولما في الصحيح أن امرأة دخلت النار في هرة لها حبستها[(١)]، والأصل في اللام أنها للملك (والثانية): واختارها أبو بكر: لا يجوز.

٢٠٠٢ ـ لما في مسلم عن جابر رضي الله عنه، أنه سئل عن ثمن الكلب والسنور، فقال: زجر رسول الله ﷺ عن ذلك[(٢)].

٢٠٠٣ ـ وعنه أيضاً: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الهر، رواه أبو داود[(٣)]، وحمل على غير المملوك، أو على ما لا نفع فيه، أو على الهر المتوحش، أو على أن ذلك كان في الابتداء، لما كان محكوماً بنجاسته، ثم لما حكم بطهارة سؤره حل ثمنه، وكلها محامل ودعوى لا دليل عليها، والله أعلم.

قال: وكل ما فيه المنفعة.

ش: أي يجوز بيعه، وقد علم من هذا إناطة الحكم عنده بما فيه منفعة، وكذلك الثياب، والعقار، وبهيمة الأنعام، ونحو ذلك، لأن الحكمة في جواز البيع الانتفاع وشرط المنفعة أن تكون مباحة، لتخرج آلات اللهو ونحوها، ويستثنى من ذلك الوقف، وأم الولد، والمدبر، والزيت النجس، على خلاف في بعض ذلك، وبسط ذلك يحتاج إلى طول، والله سبحانه أعلم.

---

(١) أخرجه مسلم ٦/ ٢٠٦، وأحمد ٣/ ٣٧.

(٢) أخرجه مسلم ١٠/ ٢٣٣، وأحمد ٣/ ٣٣٩.

(٣) سنن أبي داود حديث ٣٤٨٠.

كتاب السلم

ش: يقال: سلم وأسلم، وسلف وأسلف، والسلم والسلف عبارتان عن معنى واحد، قاله الأزهري وغيره، غير أن الاسم الخاص بهذا الباب السلم، لأن السلف يقال على القرض، ولذلك بوب الخرقي وغيره السلم، دون السلف، وهو نوع من البيع، ينعقد بما ينعقد به، وبلفظه، ويشترط له ما يشترط له، ويزيد شروطاً يأتي بيانها إن شاء الله تعالى، وهو جائز بالإجماع، وسنده قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

٢٠٠٤ ـ قال ابن عباس رضي الله عنهما: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى أن الله أحله، وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية، وفي رواية: إن الله قد أحله في كتابه، وأذن فيه، وقال الآية، رواهما البيهقي في سننه[١]. ولا ريب أن الآية الكريمة شاملة له.

٢٠٠٥ ـ وفي الصحيحين عنه قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة، وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث، فقال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[٢] أقر ﷺ على ذلك، وبين شرطه، والله أعلم.

قال: وكل ما ضبط بصفة فالسلم فيه جائز.

ش: يشترط للمسلم فيه شروط، دل كلامه هنا منها على شرطين (أحدهما): أن يكون مما يتأتى ضبطه بالصفة، ليوجد شرط المبيع، وهو العلم به، فعلى هذا يصح السلم في المكيل، والموزون، والمذروع، ونحوها، لتأتي الصفة على ذلك، وقد أقر النبي ﷺ على السلف في الثمار، وقال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم».

٢٠٠٦ ـ وروى البخاري[٣] عن عبد الرحمن بن أبزى، وعبد الله بن أبي أوفى، قالا: كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ، فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام، فنسلفهم في الحنطة، والشعير، والزبيب، في كيل معلوم إلى أجل معلوم، فقلت: أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع؟ قالا: ما كنا نسألهم عن ذلك. وأجمع المسلمون

---

(١) السنن الكبرى ٦/ ١٨.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٢٣٩، ومسلم ١١/ ٤١.
(٣) صحيح البخاري حديث ٢٢٤٢.

على جواز السلم في الثياب، وعلى جوازه في الطعام، قاله ابن المنذر، ولا يصح فيما لا ينضبط بالصفة، كجوهر، وما فيه أخلاط مقصودة لا تتميز، كمعجون، وثمن مغشوش، وحامل من حيوان، وشاة لبون، على الصحيح فيها، وفي الرؤوس، والجلود ـ والأواني المختلفة الرؤوس والأوساط، ونحو ذلك، وكذلك ما يجمع أخلاطاً تتميز، كالخفاف، والقسي، والنبل المريش، والثوب المنسوج من نوعين، والمعدود المختلف، كالحيوان، والبيض، والرمان، ونحو ذلك، واللحم المشوي، والمقلي، والمطبوخ ـ خلاف، وبسط ذلك له محل آخر.

ويشترط في الصفة أن تكون بحيث يعرف بها المبيع عرفاً، لما تقدم، فيصفه بما يختلف به الثمن غالباً، فيذكر جنسه كتمر، ونوعه كبرني، وبلده كعراقي، وقدره كصغار أو كبار، وحداثته كحديث، وجودته كجيد، أو عكسهما كقديم ورديء، ولا يصح: أجود، ويصح: أردى، على أصح الوجهين، وقد يزاد على هذه، أو ينقص منها، بحسب المسلم فيه وليس هذا موضع استقصاء ذلك.

(الشرط الثاني): كونه في الذمة، فلا يصح في عين، لأن لفظ السلم والسلف للدين.

٢٠٠٧ ـ وعن رجل من أهل نجران قال: قلت لابن عمر: أسألك عن السلم في النخل، قال: أما السلم في النخل فإن رجلاً أسلم في نخل لرجل، فلم يحمل ذلك العام، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «بم يأكل ماله؟ فأمره فرده عليه، ثم نهى عن السلم في النخل حتى يبدو صلاحه، رواه أبو داود[(١)] وغيره.

٢٠٠٨ ـ وفي الصحيح عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: نهي عن بيع النخل حتى يبدو صلاحه. وقيل: إن أهل المدينة كانوا يسلمون في ثمار نخيل بأعيانها، فلما قدم النبي ﷺ نهاهم عن ذلك، وقال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم»[(٢)] الحديث، والله أعلم.

قال: إذا كان كيل معلوم أو وزن معلوم، أو عدد معلوم.

ش: هذا (الشرط الثالث): وهو أن يقدر المسلم فيه: بكيل معلوم عند العامة، إن كان مما يكال، أبو بوزن كذلك إن كان مما يوزن، لما تقدم من حديث ابن عباس، أو بعدد، أو ذرع كذلك، قياساً على ما تقدم، ولأنه عوض ثبت في الذمة، فاشترط معرفة قدره كالثمن، ولا يتعين ما عيناه من كيل العامة، ونحوه على المذهب، لعدم الفائدة في ذلك، وهل يفسد به العبد؟ فيه وجهان، ولا يصح بإناء أو صنجة غير معلومين عند العامة، لاحتمال هلاك ذلك، وإذاً يتعذر المسلم فيه، وذلك غرر، ولا

---

(١) سنن أبي داود حديث ٣٤٦٧.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢١٩٤، ومسلم ١٠/ ١٧٧.

حاجة إليه، ومن ثم اشترط أن يكون المكيال والميزان ـ وكذلك الوصف ـ بلغة يفهمها غير المتعاقدين، فإن فهمها عدلان دون أهل الاستفاضة كفى على المقدم، لارتفاع التنازع بالرجوع إليهما انتهى.

ومقتضى ما تقدم أنه لا يصح السلم فيما يكال وزناً، ولا فيما يوزن كيلاً، وهو المشهور، والمختار للعامة، ونص عليه الإمام في المكيل لا يسلم فيه وزناً قياساً كالربويات، وكالمذروع وزناً وعكسه، فإنه لا يصلح اتفاقاً، وعنه ما يدل ـ واختاره أبو محمد، ويحتمله كلام الخرقي ـ أنه يجوز، لحصول معرفة القدر، ومقتضى كلام الخرقي أنه يسلم في جميع المعدودات عدداً، ولا ريب في ذلك في الحيوان، أما في غيره فثلاثة أقوال، وزناً، عدداً، ما تقارب كالجوز، والبيض، عدداً، وما تفاوت كالبطيخ، والرمان، والبقول، وزناً، والله أعلم.

قال: إلى أجل.

ش: هذا (الشرط الرابع) وهو أن يكون مؤجلاً على المذهب المعروف، لما تقدم في حديث ابن عباس رضي الله عنهما، فإنه أمر، والأمر للوجوب.

٢٠٠٩ ـ قال القرطبي في شرح مسلم: لا سيما على رواية من روى: «من أسلم فلا يسلم إلا في كيل معلوم» إلى آخره انتهى.

٢٠١٠ ـ وفي سنن البيهقي[(١)] عن ابن عباس أنه قال: اضرب له أجلاً. ولأن السلم إنما جاز رخصة، لأنه للارتفاق لأنه بيع معدوم، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، والله أعلم. قال: معلوم بالأهلة.

ش: يشترط في الأجل كونه معلوماً، لما تقدم من الحديث، ولقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فلا يصح إلى نزول المطر، أو قدوم زيد، ونحو ذلك، وهل يصح إلى الحصاد ونحوه، أو إلى نفس العطاء، ـ لتقارب الزمن ـ أو لا يصح، لتقدم ذلك وتأخره.

٢٠١١ ـ وهو قول ابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهم، واختاره عامة الأصحاب؟ فيه قولان، وقيل: محل الخلاف في الحصاد إذا جعله إلى زمنه، أما فعله فلا يصح، واختلف أيضاً فيما إذا علقه باسم يتناول شيئين كربيع، ويوم النفر، هل يصح ويتنزل على أول يوم، وبه قطع في المغني، أو لا يصح، وهو الذي أورده في التلخيص مذهباً؟ وفيما إذا قال: شهر كذا. هل يصح. ويتعلق بأوله، وهو اختيار أبي محمد، أو لا يصح رأساً، وفيما إذا قال مثلاً: أول رمضان أو آخره، هل يصح ويتعلق بأول جزء، وآخر جزء، أو لا يصح، لأن أول الشهر يعبر به عن النصف الأول، وكذا الآخر، وهو احتمال لصاحب التلخيص؟ على قولين في الجميع. انتهى.

---

(١) السنن الكبرى ٦/ ٢٥.

ثم ظاهر كلام الخرقي ـ وكذلك ابن أبي موسى وابن عبدوس ـ أن علم ذلك لا غير بالأهلة، بأن يجعل حلوله في أول جزء من رمضان، أو يوم عاشوراء، أو إلى شهر رجب، ونحو ذلك، لأن الله سبحانه وتعالى جعل التأقيت: بهن، قال تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩] فعلى هذا لا يصح تأقيت بعيد من أعياد الكفار مطلقاً، وقال القاضي وغيره: إن كان مما يتقدم ويتأخر ـ كعيد الشعانين للنصارى، ونحو ذلك ـ لم يصح، وإلا صح، كالنيروز ونحوه.

(تنبيه): يشترط للأجل شرط آخر، وهو أن يكون له وقع في الثمن، بحيث يختلف به السعر، ومثل ذلك أبو محمد في الكافي بالشهر، ونصفه، لا اليوم ونحوه، وكثير من الأصحاب يمثل بالشهر، والشهرين، فمن ثم قال بعضهم: أقله شهر. نعم يصح كما سيأتي إن شاء الله تعالى فيما يأخذ منه كل يوم قدراً معلوماً، كالخبز، واللحم، ونحو ذلك، نص عليه، والله أعلم.

قال: موجوداً عند محله.

ش: هذا (الشرط الخامس) وهو كون المسلم فيه عام الوجود في وقت حلوله غالباً، لوجوب تسليمه إذاً، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، فإن الغالب عدم تسليمه، فلم يصح بيعه، كالآبق ونحوه، وذلك كالسلم في العنب والرطب في الصيف، لا في الشتاء، لندرة وجودهما فيه، وفي معنى ذلك إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه، أو قرية صغيرة، ونحو ذلك لاحتمال جائحة ذلك، وقد حكى الجوزجاني الإِجماع على كراهة ذلك، قال ابن المنذر: إن المنع منه كالإِجماع، وقال أبو بكر في التنبيه: إن كان قد بلغ، وأمنت عليه الجائحة صح. قلت: وهو حسن إن لم يحصل إجماع، إذ الغالب له التسليم إذاً، ثم حديث ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم، أنه نهى عن السلم في النخل حتى يبدو صلاحه، يشهد لذلك.

ومقتضى كلام الخرقي أنه لا يشترط وجوده حال العقد، وهو كذلك، وكذلك لا يشترط عدمه، وهو الصحيح من الوجهين، حكاهما ابن عبدوس، والله أعلم.

قال: ويقبض الثمن كاملاً وقت السلم، قبل التفرق.

ش: هذا (الشرط السادس) وهو خاتمة الشروط عنده، وهو أن يقبض رأس مال السلم قبل التفرق عن مجلس العقد، حذاراً من أن يصير بيع دين بدين.

٢٠١٢ ـ فيدخل تحت النهي عن بيع الكالى بالكالى، وقد استنبط ذلك الشافعي رحمه الله من قوله: «من أسلف فليسلف» قال: أي فليعط. قال: لأنه لا يقع اسم السلف فيه حتى يعطيه ما سلفه فيه، قبل أن يفارق من سلفه. انتهى ولأنه لا يجوز شرط تأجيل العوض فيه، فلم يجز التفرق فيه قبل القبض كالصرف، وإن قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض، وهل يبطل في المقبوض ـ وهو ظاهر كلام الخرقي،

وأبي بكر في التنبيه، لقوله: إذا أسلفه دراهم، فخرج بعضها رديئاً فالسلم كله باطل - أو لا يبطل وهو المشهور؟ فيه روايتا تفريق الصفقة، والله أعلم.

(تنبيه): المجلس هنا كمجلس الصرف، وكلاهما كمجلس الخيار، هذا مقتضى كلام الأصحاب، ووقع للقاضي في الجامع الصغير أنه إذا تأخر قبض رأس مال السلم اليومين والثلاثة، لم يصح العقد، والله أعلم.

قال: ومتى عدم شيء من هذه الأوصاف بطل.

ش: الإِشارة إلى الأوصاف المتقدمة، وهذا هو شأن الشروط يعدم المشروط عند عدمها، أو عدم بعضها، ولو قال الخرقي: فسد العقد. كما قال في الصرف: ومتى افترق المتصارفان فسد العقد. لكان أولى، لئلا يوهم وجود عقد ثم بطلانه.

وظاهر كلام الخرقي أنه لا يشترط غير ذلك، وقد تقدم أن في اشتراط عدم المسلم فيه حين العقد خلاف، وكذلك في اشتراط وصف رأس المال، والعلم بقدره إذا كان مشاهداً وجهان، (أحدهما) - وهو قول القاضي، وأبي الخطاب، وصاحب التلخيص، وغيرهم - اشتراطه، كما لو كان في الذمة، ولأنه عقد يتأخر تسليم المعقود عليه، فوجب معرفة رأس ماله، ليرد بدله، كالقرض والشركة، وعلى هذا لا يجوز أن يكون رأس المال جوهراً ونحوه، لعدم تأتي الصفة عليه (والثاني) - وإليه ميل أبي محمد - لا يشترط، كما في بيوع الأعيان، وكذلك في اشتراط ذكر مكان الإِيفاء تردد، فالقاضي لا يشترطه مطلقاً، ويقول - في مثل البرية ونحوها -: يوفي في أقرب الأماكن إلى مكان العقد، وابن أبي موسى، وصاحب التلخيص، يشترطانه في البرية ونحوها، واتفق الفريقان على عدم الاشتراط حيث أمكن الوفاء في محل العقد، نعم لو شرطه في غيره - والحال هذه - صح شرطه، على أصح الروايتين، ولم يصح في الأخرى، وبها قطع أبو بكر في التنبيه، والقاضي، وأبو الخطاب أطلقا الروايتين، فيشمل كلامهما ما إذا شرطاه في محل العقد أيضاً وهو ضعيف، والله أعلم.

قال: وبيع المسلم فيه من بائعه أو غيره قبل قبضه فاسد.

ش: بيع المسلم فيه قبل قبضه - من بائعه مثل أن يسلم إليه في أردب قمح، فيأخذ عنه فولاً، أو شعيراً أو دراهم، أو نحو ذلك - فاسد.

٢٠١٣ - لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره» رواه أبو داود[(١)] إلا أنه ضعيف، والمعتمد على نهيه عن بيع الطعام قبل قبضه، وعن ربح ما لم يضمن.

٢٠١٤ - وقد سئل ابن عمر عن ذلك فقال: خذ رأس مالك ولا ترده في سلعة

(١) سنن أبي داود حديث ٣٤٦٨.

أخرى، رواه البيهقي في سننه[١]، (وعنه) فيمن أسلم في بر، فعدمه عند المحل، فرضي المسلم بأخذ الشعير مكانه جاز، ولم يجز أكثر من ذلك، وحمله أبو محمد على رواية أن البر والشعير جنس، ولكن بيعه من غير بائعه لا يصح، للنهي عن ربح ما لم يضمن، وبيع الطعام قبل قبضه، والله أعلم.

قال: وكذلك الشركة فيه، والتولية، والحوالة به، طعاماً كان أو غيره.

ش: أي فاسد كالبيع، أما الشركة والتولية فلأنهما نوعان من أنواع البيع، فيثبت لهما حكمه، وأما الحوالة فلأنها إما بيع أو فيها شائبته، فلم تجز كالبيع، والحوالة تارة تقع عليه، كما إذا أحال المسلم بما عليه من قرض، أو بدل متلف، على المسلم إليه، وهنا قد حصل التصرف في المسلم فيه قبل قبضه، أشبه بيعه، ثم الحوالة وقعت على غير مستقر، وتارة تقع به، كأن يحيل المسلم إليه، بما عليه من السلم، على من له عليه مثله، من قرض، أو بدل متلف، وهذه صورة الخرقي، وهنا لا يظهر لي وجه المنع، والله أعلم.

قال: وإذا أسلم في جنسين ثمناً واحداً، لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس.

ش: مثل أن يسلم ديناراً مثلاً في إردب قمح، وإردب فول، فلا يصح حتى يبين قسط كل واحد منهما من الدينار، كأن يقول مثلاً: ثلثه عن الفول، وثلثاه عن الشعير، وهذا هو المشهور من الروايتين، والمختار لعامة الأصحاب، إذ لا يؤمن الفسخ بتعذر أحدهما، فلا يعرف ما يرجع به، فيفضي إلى التنازع المطلوب عدمه (والرواية الثانية) يجوز وإن لم يبين قسط ما لكل منهما كبيوع الأعيان، ولهذه المسألة التفات إلى معرفة رأس مال السلم وصفته، ولعل الوجهين ثم من الروايتين هنا، وأبو محمد لما لم يطلع على الرواية الثانية خرج هنا وجهاً من الوجه ثم، إن ابن أبي موسى، وأبا بكر وغيرهما منعوا من ذلك إذا أسلم في خمسة دنانير، وخمسين درهماً، في إردب حنطة، فقالوا: لا يجوز حتى يبين حصة ما لكل واحد منهما من الثمن، وخالف أبو محمد فقال بالجواز هنا، وهو الصواب، إذ بتعذر المسلم فيه يرجع بقسطه منهما، والله أعلم.

قال: وإذا أسلم في شيء واحد، على أن يقبضه في أوقات متفرقة أجزاء معلومة فجائز.

ش: مثل أن يسلم إليه عشرة دراهم في قنطار خبز، يأخذ منه كل يوم عشرة أرطال، أو في عشرين رطل لحم، يأخذ كل يوم رطلين، ونحو ذلك، لحصول الرفق الذي لأجله شرع السلم، والله أعلم.

قال: وإذا لم يكن السلم كالحديد، والرصاص، وما لا يفسد، ولا يختلف قديمه

---

(١) السنن الكبرى ٦/ ٣٠.

وحديثه، لم يكن عليه قبضه قبل محله.

ش: السلم أي المسلم فيه، تسمية للمفعول بالمصدر، كتسمية المرهون رهناً، والمسروق سرقة، ونحو ذلك، ولا يخلو المسلم فيه إما أن يؤتى به في وقته، أو بعده، أو قبله، فإن أتي به في وقته أو بعده لزم قبوله، وإن تضرر المسلم بذلك، وإن أتي به قبل وقته فإن كان في قبضه ضرر ولو مآلا ـ لكونه مما يتغير، كالفاكهة ونحوها، أو لكون قديمه دون حديثه كالحبوب، أو كان مما يتغير قبل الوقت المشترط، أو لكونه مما يحتاج في حفظه إلى مؤونة كالحيوان ونحوه، أو كان مما يخاف عليه إذاً من ظالم، ونحو ذلك ـ لم يلزم المسلم قبوله، لأن عليه في ذلك ضرراً، وإنه منفي شرعاً، قال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وإن كان مما لا ضرر في قبضه ـ كالحديد، والرصاص، إذ لا فرق بين قديمه وحديثه، وكان الوقت آمناً، ولا مؤونة لحفظه ـ لزمه قبوله، لأن غرضه حاصل مع زيادة منفعة لا ضرر عليه فيها، فأشبه زيادة الصفة على المذهب، وهذا كله إذا أتى به على صفته، فإن أتى به على غير صفته فإن كان دونها جاز قبوله مع اتحاد الجنس، ولم يلزم، وإن كان فوقها واختلف الجنس لم يجز كما تقدم، وإن اتحد الجنس والنوع لزم القبول على المذهب بلا ريب، وقيل: لا يلزم بل يجوز، وقيل: لا يجوز، وعلى المذهب فإن اختلف النوع فهل يلزم القبول، وهو قول القاضي والمجد، أو لا يلزم، وهو قول أبي محمد، أو لا يجوز ويحكى رواية؟ على ثلاثة أقوال، والله أعلم.

قال: ولا يجوز أن يأخذ رهناً ولا كفيلاً من المسلم إليه.

ش: هذا إحدى الروايتين، واختيار أبي بكر في التنبيه، وابن عبدوس، إذ وضع الرهن الاستيفاء من ثمنه، عند تعذر الاستيفاء من ذمة الغريم، والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن، ولا من ذمة الضامن، حذاراً من أن يصرفه إلى غيره، وإنه منهي عنه، وفيه نظر، لأن الضمير في «لا يصرفه» راجع للمسلم فيه، وإذاً يشتري ذلك من ثمن الرهن ويدفع ولا محذور، وكذلك يشتريه الضامن ويسلمه، وإذاً لم يصرف إلى غيره (والثانية) ـ وهي الصواب إن شاء الله تعالى، واختيار أبي محمد، وحكاها القاضي في روايتيه عن أبي بكر ـ: يجوز ذلك، لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ إلى قوله: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢ـ ٢٨٣] وقد شهد ترجمان القرآن أن السلم مراد منها وداخل فيها، فهي كالنص فيه، والكفيل كالرهن بجامع التوثقة.

٢٠١٥ ـ ومن ثم روى البيهقي(١) عن ابن عباس رضي الله عنهما، أنه كان لا يرى بأساً بالرهن والقبيل في السلم، وروى نحو ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(١) السنن الكبرى ٦/١٩.

٢٠١٦ ـ وحكاية أبي محمد الكراهة عنهما في الرهن والكفيل، يحتمل أنه رواية أخرى عنهما.

٢٠١٧ ـ وقد استدل على ذلك أيضاً بما في الصحيح أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً، ورهنه درعاً من حديد[١]، وليس بالبين، ومقتضى كلام الأصحاب أنا إذا منعنا أخذ الرهن لم يجز وإن تراضيا بذلك، وأنا إن جوزناه كان كبقية الرهون، يلزم بالقبض، أو بمجرد العقد إن لم يكن معيناً على رواية، وإذا لم يلزم، ولم يقبض فللمسلم الفسخ، وقال ابن عبدوس: ليس للمسلم طلب رهن، فإن شرطاه لم يلزم المسلم إليه الدفع إلا أن يشاء، والله أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٠٦٨، ومسلم ١١/٣٩.

كتاب الرهن

ش: الرهن في اللغة الثبوت والدوام، يقال: ماء راهن. أي راكد، ونعمة راهنة، أي ثابتة دائمة، وقيل: هو مأخوذ من الحبس، ومنه قوله سبحانه: ﴿كُلُّ ٱمۡرِيِٕۭ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١] أي حبيس بمعنى محبوس، وهو قريب من الأول، لأن المحبوس ثابت في مكانه لا يزايله، وهو في اصطلاح الفقهاء: توثقة دين بعين ـ أو بدين على قول ـ يمكن أخذه من ذلك، إن تعذر الوفاء من غيره، وهو جائز بالإجماع، وقد شهد لذلك قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

٢٠١٨ ـ وفي الصحيحين أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً، ورهنه درعاً من حديد(١).

٢٠١٩ ـ وفي البخاري عن عائشة: توفي النبي ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير(٢)، والله أعلم.

قال: ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضاً.

ش: ظاهر كلام الخرقي، وابن أبي موسى، وابن عقيل في التذكرة، والقاضي في الجامع الصغير، وابن عبدوس أن القبض شرط في صحة الرهن، والمعروف عند الأصحاب أنه إنما هو شرط للزومه، وعلى ذلك حمل القاضي ـ فيما أظن ـ وابن الزاغوني وأبو محمد ـ كلامه، وكذلك قال في الهبة أيضاً: إن القبض شرط لصحتها، وهو مقتضى كلام طائفة ثم، وقد جعل القاضي في التعليق القبض في الرهن آكد منه في الهبة، معللاً بأن استدامة القبض في الرهن شرط فيه، بخلاف الهبة، وبأن القصد التوثقة، ولا تحصل إلا بالقبض، بخلاف الهبة، إذ القصد منها الملك، قال: وهو يحصل وإن لم تقبض.

إذا عرف هذا فجعل القبض شرطاً للصحة أو للزوم إنما هو في غير المعين المفرز، كقفيز من صبرة، ورطل من زبرة، ونحوهما، أما المعين كالعبد والدار ونحوهما، والمشاع المعلوم بالنسبة من معين، فهل حكمه حكم ما تقدم، يشترط لصحته أو للزومه القبض؟ وهو مقتضى كلام الخرقي، وأبي بكر في التنبيه، وابن أبي موسى، ونصبها أبو الخطاب والشريف وقال في الكافي: إنه المذهب لظاهر قوله

---

(١) انظر الحاشية السابقة.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٩١٦.

تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ وصفها سبحانه بكونها مقبوضة، ولأنه عقد إرفاق أشبه القرض، أو لا يشترط له ذلك، بل يلزم بمجرد العقد وقال في التلخيص: إنه الأشهر، قياساً على البيع؟ على روايتين.

(تنبيه): حيث اعتبر اللزوم فذلك في حق الراهن، إذ لا لزوم في حق المرتهن، والله أعلم.

قال: من جائز الأمر.

ش: الجار والمجرور في موضع الحال، أي لا يصح الرهن إلا مقبوضاً في حال كونه من جائز الأمر، وصاحب الحال محذوف دل عليه السياق، وتقديره: من مقبض جائز الأمر، وهو المكلف، الرشيد، المختار، فلو رهن وهو كذلك فحجر عليه لجنون، أو سفه، أو فلس لم يصح تقبيضه، بل ويبطل إذنه في القبض إن كان قد أذن، لأنه نوع تصرف، وتصرف هؤلاء غير صحيح، وكذلك إن أغمي عليه، نعم يقوم ولي المجنون والسفيه مقامه في ذلك، وفي المفلس يعتبر إذن الغرماء في القبض، ولو رهن وهو مختار، ثم أكره على القبض لم يصح ذلك، ويستفاد مما تقدم أنه إذا لم يصح التقبيض من هؤلاء ـ وإن كان قد وجد الرهن ـ فلأن لا يصح عقد الرهن بطريق الأولى، والله أعلم.

قال: والقبض فيه من وجهين، فإن كان مما ينقل فقبض المرتهن له أخذه إياه من راهنه منقولاً، وإن كان مما لا ينقل ـ كالدور، والأرضين ـ فقبضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه، لا حائل دونه.

ش: قبض كل شيء بحسبه، على ما جرت العادة فيه، على المشهور والمختار من الروايتين، فقبض ما ينقل ـ كالصبر ونحوها ـ بالنقل.

٢٠٢٠ ـ قال ابن عمر رضي الله عنهما: كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه[١]. متفق عليه، والنهي عن ذلك لعدم قبضه.

٢٠٢١ ـ لأن في البخاري عنه أيضاً أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه» وفي لفظ «حتى يستوفيه»[٢] وقبض ما يكال، أو يوزن، أو يعد، أو يذرع، بكيله أو وزنه أو عدده أو ذرعه، نظراً للعرف في ذلك، ولما تقدم.

٢٠٢٢ ـ وعن عثمان رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا اشتريت فاكتل، وإذا بعت فكل»[٣] رواه أحمد والبيهقي، وللبخاري منه كلام النبي ﷺ بغير

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٢٣، ومسلم ١٠/ ١٧٠.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢١٢٤، ومسلم ١٠/١٦٩.
(٣) أخرجه أحمد ١/ ٦٢، وابن ماجه حديث ٢٢٣٠، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٣١٥.

إسناد، وفي رواية للبيهقي «إذا ابتعت كيلاً فاكتل، وإذا بعت كيلاً فكل».

٢٠٢٣ ـ وعن حكيم بن حزام، وعثمان رضي الله عنهما أنهما كانا يجلبان الطعام من أرض قينقاع إلى المدينة، فيبيعانه بكيله، فأتى عليهما رسول الله ﷺ، فقال: «ما هذا؟» قالا: جلبناه من أرض كذا وكذا، ونبيعه بكيله، قال: «لا تفعلا ذلك، إذا اشتريتما طعاماً فاستوفياه، فإذا بعتماه فكيلاه» رواه البيهقي في سننه[(١)]، ولا يشترط مع ذلك نقله على المذهب، لظاهر ما تقدم، وفيه احتمال، وشرط الاعتداد بكيل ذلك أو وزنه ونحوهما حضور المشتري أو وكيله، فلو كيل أو وزن بغير حضوره لم يكن قبضاً إلا أن يشتري منه مكيلاً بعينه، ويدفع إليه ظرفاً ويقول: كله لي. فيفعل، فإنه يصير مقبوضاً، قال صاحب التلخيص: وفيه نظر إذ الفرق بين كيله في ظرف أو غير ظرف بعيد جداً.

وهل يكتفي بعلم كيل ذلك أو وزنه ونحو ذلك عن الكيل والوزن ونحوهما؟ نص أحمد رحمه الله في المكيل على روايتين، كما إذا اشترى مكيلاً قد شاهد كيله قبل البيع، ولم يغب عنه، (إحداهما) لا يكتفي بذلك، ولا يكون قبضاً صحيحاً، وهي اختيار أبي بكر، والقاضي.

٢٠٢٤ ـ لما روي عن جابر رضي الله عنه، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع، وصاع المشتري[(٢)]، رواه ابن ماجه، والبيهقي. واحتج به أحمد في رواية ابن إبراهيم.

٢٠٢٥ ـ ورواه البيهقي[(٣)] من رواية أبي هريرة أيضاً، وزاد ﷺ: «فيكون للبائع الزيادة، وعليه النقصان» (والثانية) يكتفي بذلك، قبضاً صحيحاً، إذ المقصود معرفة المقدار وقد حصل، وعلى هذا للمشتري التصرف فيه بذلك، وليس له مطالبة البائع بكيل، وإن ادعى نقصانه لم يقبل منه، وعلى الأول تنعكس هذه الأحكام، وظاهر كلام المجد، وغيره الاكتفاء بعلم ذلك في غير المكيل، وصاحب التلخيص أجرى ذلك في الوزن أيضاً فقال فيما اشتري بكيل أو وزن، وقبض بمعياره، ثم بيع من بائعه، أن فيه الروايتين.

(تنبيه): فإن كان المبيع في الكيل، وعقد البيع الثاني، ففرغه المشتري الثاني، صح القبض، وأغنى عن الاستئناف، انتهى.

وقبض ما يتناول ـ كالجواهر، والأثمان، ونحوهما ـ بالتناول، إذ العرف فيها ذلك، وقبض الحيوان بمشيه من مكانه. وما عدا ذلك ـ كالدور، والعقار، والثمرة على

(١) السنن الكبرى ٥/٣١٦.
(٢) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٢٢٨، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/٣١٦.
(٣) السنن الكبرى ٥/٣١٦.

الشجرة، ونحو ذلك ـ بالتخلية بينه وبين مرتهنه، من غير حائل بينهما، بأن يفتح له باب الدار، أو يسلم إليه مفتاحها، ونحو ذلك، وإن كان فيها متاع للراهن، وعن أحمد رواية أخرى أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز، قياساً على العقار ونحوه.

ومقتضى كلام الخرقي رحمه الله أنه لم يجعل للقبض إلا وجهين فقط، النقل، والتخلية، فقد يقال في الجواهر ونحوها: إن تناولها نقل لها، لأنها انتقلت من يد البائع إلى يد المشتري، وكيل المكيل ونحوه نقله من محله إلى محل آخر، وخلاصته أن صفات النقل تختلف، وأحال الخرقي رحمه الله بيانها على موقف، ثم إنه رحمه الله لم يتعرض لصفة القبض فيما يعتبر له القبض في البيع، فليعتمد هنا.

وقوله: أخذ من راهنه. إشارة إلى أنه لا بد في القبض من التسليم من الراهن، أو ما يقوم مقامه، وهو إذنه في ذلك، أما إن لم يوجد واحد منهما فإن وجود ذلك كعدمه، على المعروف المجزوم به، وفي التلخيص في الهبة حكاية رواية بصحة قبض ما قبضه المتهب بدون إذن الواهب، فيخرج هنا كذلك، ولا معرج على ذلك، أما على المذهب فلو كان الرهن في يد المرتهن، بإعارة، أو وديعة، ونحو ذلك، ففي اشتراط إذنه له في القبض روايتان، وقيل: وجهان، فإن اشترط فلا بد من مضي زمن يتأتى القبض فيه، فإذا كان المرهون حاضراً بين يدي الراهن، أكتفى بمضي مدة يتأتى قبض ذلك فيها، فاكتياله أو وزنه، أو نقله حسب ما هو، وإن كان في بيته، أو دكانه، ونحو ذلك، فلا بد من أن يمضي إليه، ويشاهد المرهون، ليتحقق التمكين، ثم بعد ذلك تمضي مدة يمكن القبض فيها على ما ذكر، وإن لم يشترط الإِذن ففي اعتبار مضي زمن يتأتى القبض فيه وجهان، والله أعلم.

قال: وإذا قبض الرهن من تشارطا أن يكون الرهن على يده صار مقبوضاً.

ش: تصح النيابة في قبض الرهن، لأنه قبض في عقد، فجاز التوكيل فيه كسائر القبوض، فعلى هذا إذا اتفق الراهن والمرتهن حال العقد أو بعده على جعل الرهن في يد إنسان صح، وصار مقبوضاً للمرتهن، قاله في المغني، وفيه تساهل، لأنه يوهم أن له أخذه منه، وليس كذلك كما سيأتي.

ثم قول الخرقي: من. يشمل المسلم والكافر، والعدل والفاسق، والذكر والأنثى، والحر والعبد، وغيرهم، وهو كذلك، إلا أنه لا بد أن يقيد بكونه جائز التبرع، ليخرج الصبي، والمجنون، والعبد بغير إذن سيده، والمكاتب بلا جعل، أما إن أذن السيد، أو جعل للمكاتب جعل، فإنه يجوز، لزوال المانع، وانتفاء التبرع (ويشمل) أيضاً الاثنين، والجماعة، وهو كذلك، وليس لواحد منهم الانفراد بحفظه.

وقوله: من تشارطا قوته تقتضي أن يكون غيرهما، فلو استناب المرتهن الراهن في القبض لم يصح، قاله في التلخيص، وعبد الراهن القن، وأم ولده، ومستولدته

كهو، نعم يجوز استنابة مكاتبه، وكذلك عبده المأذون له في أصح الوجهين، وفي الآخر لا يجوز إلا أن يكون عليه دين.

وقوله: صار مقبوضاً. يقتضي أنه ليس لواحد منهما نقله عن من جعل على يده، وهو كذلك،كما لو كان بيده المرتهن، نعم إن اتفقا على ذلك جاز، وكذلك إن تغيرت حال المجعول على يده، كأن كان عدلاً ففسق ونحوه، كان لكل منهما طلب التحويل إلى آخر، ثم إن اتفقا عليه وإلا جعله الحاكم عند عدل، وكذا لو تغيرت حال المرتهن، فللراهن رفع الأمر إلى الحاكم، ليضعه على يد عدل، والله أعلم.

قال: ولا يرهن مال من أوصي إليه بحفظ ماله إلا من ثقة.

ش: لأن ولي اليتيم إنما يتصرف بالأحسن، قال سبحانه: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] والأحسن بل الحسن أن لا يرهن مال اليتيم إلا عند ثقة، إذ الرهن أمانة، وغير الثقة لا يؤتمن، ولا بد أن يكون الحظ لليتيم في الرهن، كأن يحتاج إلى نفقة على نفسه، أو عقاره المتهدم، ونحو ذلك، وله مال ينتظر وروده، فالا حظ إذاً في الاقتراض، ورهن بعض أصوله ماله، أما إن لم يكن له مال ينتظر، فلاحظ في الاقتراض، وإذاً يبيع بعض أصول ماله، فإن لم يجد من يقرضه، ووجد من يبيعه نساء، وكان أحظ من بيع ماله، جاز الشراء نساء، ورهن شيء من ماله، قاله في المغني، وظاهره أنه لا ينتقل إلى الشراء نسيئة إلا عند عدم من يقرضه، والذي ينبغي مراعاة الأصلح لليتيم. انتهى.

وحكم الحاكم وأمينه حكم الوصي في ذلك، وكذلك الأب بطريق الأولى، ومن ثم له أن يرتهن من نفسه، بخلاف غيره على المحقق، وفي المغني حكاية رواية بجواز ذلك لغيره، وفيها نظر، إذ أصل ذلك ـ والله أعلم ـ البيع، ولا يعرف فيه رواية مطلقة بالجواز، والله أعلم.

قال: وإذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقي.

ش: العين المرهونة رهن بجميع الدين، وبكل جزء من أجزائه، وقد حكى ابن المنذر الإِجماع على نحو ذلك، والله أعلم.

قال: وإذا أعتق الراهن عبده المرهون فقد صار حراً.

ش: هذا هو المشهور والمختار من الروايات للأكثرين، لأنه عتق من مالك.

٢٠٢٦ ـ فشمله مفهوم قول النبي ﷺ: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»[1].

وفارق غيره من التصرفات، لتشوف الشارع إليه، ومن ثم نفذ في ملك الغير، وفي المبيع قبل القبض، وفي الآبق، والمبهم، ونحو ذلك، (والثانية) واختارها الشيرازي:

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢١٩٠، وأحمد ٢/ ١٨٩.

لا ينفذ مطلقاً، حذاراً من إبطال حق المرتهن من الوثيقة، وأنه لا يجوز، كما لا يجوز بيعه، وهبته، ونحوهما، (والثالثة) ينفذ عتق الموسر لا المعسر، تخريجاً على المفلس، إذ الموسر لا ضرر على المرتهن في عتقه، لإمكان أخذ القيمة منه، بخلاف المعسر، وهذا كله في نفوذ العتق، أما الإقدام عليه فإنه لا يجوز، لما فيه من إدخال الضرر على المرتهن، بإبطال حقه من الوثيقة، نعم إن أذن المرتهن في العتق جاز، ونفذ بلا ريب، لزوال المانع، والله أعلم.

قال: ويؤخذ إن كان له مال بقيمة المعتق فيكون رهناً.

ش: إذا قلنا بنفوذ العتق نظرنا في الراهن، فإن كان له مال أخذت منه قيمة المعتق، لتفويته إياه على المرتهن، فتجعل رهناً، لأنها بدل المرهون والحال هذه، وبدل الشيء يقوم مقامه، وخير أبو بكر في التنبيه المرتهن بين الرجوع بقيمة العبد، أو بعبد مثله، وإن لم يكن له مال بأن كان معسراً، بقيت القيمة في ذمته إلى حين يساره، ولا يستسعى العتيق، فإن أيسر قبل حلول الحق أخذت منه كما تقدم، وإن أيسر بعده فلا فائدة في جعل القيمة رهناً، ويؤمر بالوفاء، وتعتبر القيمة حين العتق، لأنه وقت التلف، وإن لم نقل بالنفوذ، فظاهر كلام الأصحاب أنه لا ينفذ بعد زوال الرهن، ولابن حمدان احتمال بالنفوذ إذاً، هذا كله إذا لم يأذن المرتهن، أما إن أذن في العتق فإن حقه يبطل من الوثيقة، ولا قيمة له، والله أعلم.

قال: وإن كانت جارية فأولدها الراهن خرجت أيضاً من الرهن.

ش: لأن الإيلاد إتلاف معنوي، فنزل منزلة الإتلاف الحسي، وعامة الأصحاب يجزمون هنا بذلك، بخلاف العتق، لأن الفعل أقوى من القول، بدليل نفوذ إيلاد المجنون، دون عتقه، وظاهر كلامه في التلخيص إجراء الخلاف فيه، فإنه قال: والاستيلاد مرتب على العتق، وأولى بالنفوذ، لأنه فعل، والله أعلم.

قال: وأخذ منه قيمتها تكون رهناً.

ش: أي إذا كان له مال، وإلا بقيت القيمة في ذمته إلى يسرته، على ما تقدم في العتق، والاعتبار في القيمة بيوم الإحبال، قاله في الرعاية، ولا بد أن يلحظ أيضاً أن المرتهن لم يأذن في الوطء، قال في التلخيص: وصدقه المرتهن أنها ولدته من وطئه، أما إن أذن المرتهن في الوطء وحملت، فإن الرهن يبطل، ولا قيمة للمرتهن، بشرط أن يصدقه أن الراهن وطىء، وأنها ولدته لمدة يمكن أن يكون من ذلك الوطء، أما إن صدقه في الإذن، وكذبه في أنه وطىء، أو أنها ولدته أو في المدة، فالقول قوله، والرهن بحاله، لأن الأصل معه، والله أعلم.

قال: وإذا جنى العبد المرهون، فالمجنى عليه أحق برقبته من مرتهنه، حتى يستوفى حقه. فإن اختار سيده أن يفديه وفعل فهو رهن بحاله.

ش: مراد الخرقي ـ والله أعلم ـ إذا جنى المرهون على أجنبي، لا على السيد، ولا على عبد السيد، ولا موروثه، إذ بيان ذلك يحتاج إلى بسط وتطويل، لا يليق بمختصره، ولا بهذه التعليق، وجناية العبد على الأجنبي، أو على ماله، تتعلق برقبة العبد.

٢٠٢٧ ـ لقوله ﷺ: «لا يجني جان إلا على نفسه»[1] فإن كان مرهوناً قدم حق المجني عليه، على حق المرتهن، لأن حقه ثبت بطريق الاختيار، وحق المجني عليه ثبت لا بطريق الاختيار، فكان أقوى، ثم حق المرتهن يرجع إلى بدل وهو الذمة، فلا يفوت بخلاف حق المجني عليه، فإنه يفوت بفوات العين، ويتفرع على هذا أن المجني عليه أحق برقبة العبد من المرتهن، حتى يستوفي حقه، فإن كانت الجناية موجبة للقصاص فللمجني عليه ذلك، فإن فعل ـ والجناية على النفس ـ بطل الرهن، وإن كانت على الطرف فالرهن بحاله، لوجود سببه، وزوال ما يقتضي التقديم، وكذلك إن عفا مجاناً، وإن عفا على مال، أو كانت الجناية ابتداء موجبة للمال، فالسيد يخير بين فدائه أو بيعه في الجناية، على إحدى الروايات (والثانية) يخير بين الفداء أو دفعه بالجناية، (والثالثة): يخير بين الثلاثة، فإن اختار البيع والجناية مستغرقة لقيمته، بيع فيها وبطل الرهن، وإن لم تستغرق قيمته، فهل يباع جميعه، دفعاً لضرر الشريك؟ وإذاً يكون باقي ثمنه رهناً، أو لا يباع منه إلا قدر الجناية، ويكون باقيه رهناً، لسلامته من معارض؟ فيه وجهان، فإن اختار السيد فداءه، قبل منه فداؤه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته، على المشهور من الروايتين (والثانية) لا يقبل منه إذا اختار الفداء إلا أرش الجناية كاملة، فإذا فداه فهو رهن بحاله، لزوال ما تعلق به، وإن أراد السيد الدفع في الجناية، واختار المرتهن فداءه فله ذلك، ثم بكم يفديه؟ فيه الروايتان المتقدمتان، وإذا فداه وهو متبرع لم يرجع، وبإذن الراهن يرجع، وبغير إذنه فيه الوجهان في من أدى عن غيره واجباً بغير إذنه، والمشهور ثم الرجوع، وبه قطع القاضي، والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، وغيرهم هنا، وقيل: لا يرجع هنا، وإن رجع ثم، وهو اختيار أبي البركات، لعدم تحتم الفداء على السيد.

(تنبيه): إذا شرط المرتهن جعله رهناً بالفداء مع الدين الأول صح، قاله القاضي، لأن الرهن مع الجناية صيرته بمنزلة الجائز، وقيل: لا يصح، لأن رهن المرهون لا يصح، والله أعلم.

قال: وإذا جرح العبد المرهون أو قتل فالخصم في ذلك سيده.

ش: لأنه مالكه ومالك بدله، والمرتهن إنما يملك حبسه، فهو كالمستأجر، نعم إن ترك السيد المطالبة لعذر أو غيره، فللمرتهن المطالبة، لأن حقه يتعلق بموجب

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٦٦٩، وأحمد ٣/ ٤٩٨.

الجناية، قاله القاضي، وغير واحد من أصحابه، وفرقوا بينه وبين المودع، على المشهور عندهم، بأن ثم مجرد حفظ وائتمان، بخلاف الرهن والإِجارة، فإن له فيها حق الوثيقة والمنفعة، والله أعلم.

قال: وما قبض بسبب ذلك من شيء فهو رهن.

ش: قد تقدم أن العبد المرهون إذا قتل أو جرح أن الخصم في ذلك هو السيد، إلا أنه ـ على ما قال صاحب التلخيص وغيره ـ ليس له القصاص إلا أن يأذن الراهن، قال في التلخيص: أو إعطائه قيمة العبد، وجعل ابن حمدان ذلك قولاً، فإن اقتص كذلك فلا شيء عليه، وإلا فعليه، أقل الأمرين، من قيمة العبد المرهون، أو قيمة الجاني إن كانت الجناية على النفس، أو أقل الأمرين من أرش الجرح، أو قيمة الجاني، إن كانت على ما دونها، بجعل ذلك رهناً، لتفويته ذلك ـ باقتصاصه ـ على المرتهن، أشبه ما لو كانت الجناية موجبه للمال، هذا هو المشهور عند الأصحاب، والمنصوص عن أحمد.

وعن القاضي ـ وبه قطع ابن الزاغوني في الوجيز، واختاره المجد ـ لا شيء عليه، لأن الجناية لا توجب مالاً، وإن لم يقتص السيد، بل عفا إلى مال، أو مطلقاً ـ وقيل: الواجب أحد شيئين ـ أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء، ثبت المال، وأخذ فجعل رهناً مكان العبد، لأنه بدله فقام مقامه، وإن عفا إلى غير مال، وقلنا: الواجب القصاص عيناً، أو مطلقاً، وقلنا كذلك، كان كما لو اقتص، فيه القولان السابقان، قاله أبو محمد، وصحح صاحب التلخيص أنه لا شيء على السيد هنا، مع قطعه ثم بالوجوب كما هو المنصوص، وإن عفا عنا لمال بعد ثبوته، أو إلى غير مال، وقلنا: الواجب أحد شيئين، فهل يصح عفوه، ويؤخذ منه أرش الجناية، فيجعل رهناً؟ وهو قول أبي الخطاب وصاحب التلخيص، أو لا يصح، ويؤخذ الأرش من قبل الجاني؟ وهو اختيار أبي محمد، أو يصح بالنسبة إلى الراهن دون المرتهن، فيؤخذ الأرش فيجعل رهناً، فإذا انفك الرهن رد الأرش إلى الجاني؟ وهو قول القاضي، على ثلاثة أقوال، وعلى الثالث لو استوفي الدين من الأرش فهل يرجع الجاني على العافي أم لا؟ فيه احتمالان، والله أعلم.

قال: وإن اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها شيئاً من ماله يعرفانه، أو على أن يعطيه بالثمن حميلاً يعرفانه، فالبيع جائز، فإن أبى تسليم الرهن أو أبى الحميل أن يتحمل، فالبائع مخير في فسخ البيع، وفي إقامته بلا رهن ولا ضمين.

ش: الحميل الضمين فعيل بمعنى فاعل، يقال: ضمين، وحميل، وكفيل، وزعيم، وقبيل، وصبير، بمعنى، فإذا اشترى شيئاً وشرط للبائع رهناً أو ضميناً على الثمن، صح البيع والشرط، لأنه شرط واحد، من مصلحة العقد، لما تقدم في قوله: والبيع لا يبطله شرط واحد، ويشترط في الرهن والضمين أن يكونا معينين، فلا يصح

اشتراط أحد هذين العبدين، كما لا يصح بيع أحدهما، ولا ضمان أحد هذين الرجلين، لأن الغرض يختلف، وإذا صح الشرط فإن حصل الوفاء به فلا كلام، وإن لم يحصل الوفاء به ـ بأن امتنع من عين للضمان منه ـ إذ هو التزام، فلا يلزمه بدون رضاه، كبقية الالتزامات ـ أو امتنع المشتري من تسليم الرهن، لأن الشرط لا يوجب عليه ذلك ـ فإن البائع يخير بين فسخ العقد، لفوات الشرط عليه، وبين إمضائه بلا رهن ولا كفيل، ثم هل له الأرش إذاً إلحاقاً له بالعيوب، وهو الذي أورده أبو البركات مذهباً، ويحكى عن ابن عقيل في العمد، أو لا أرش له، إلحاقاً له بالتدليس، وهو ظاهر كلام الخرقي، والقاضي، وأبي الخطاب، وصاحب التلخيص فيه، والسامري، وأبي محمد؟ على قولين، واتفق الفريقان على وجوب الأرش عند تعذر الرد، على مقتضى قول المجد، والله أعلم.

قال: ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشي إلا ما كان مركوباً أو محلوباً، فيركب ويحلب بقدر العلف.

ش: نماء الرهن ملك للراهن، إذ النماء تابع للملك.

٢٠٢٨ ـ وعن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه، وعليه غرمه»[(١)] رواه الشافعي والدارقطني وحسن إسناده، وروي مرسلاً عن سعيد، وناهيك بمراسيله، قال الشافعي رحمه الله: غنمه زيادته، وغرمه هلاكه ونقصه، انتهى، وإذا كان النماء للراهن فلا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء، لا من الأصل، ولا من النماء.

٢٠٢٩ ـ لقول النبي ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[(٢)] نعم إن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع، ولم يكن الدين عن قرض جاز لوجود طيب النفس.

٢٠٣٠ ـ وإن كان الدين عن قرض لم يجز، حذاراً من «قرض جر منفعة».

وهل يستثنى مما تقدم إذا كان الرهن مركوباً أو محلوباً أو لا؟ فيه روايتان (إحداهما) لا، فلا ينتفع المرتهن من ذلك بشيء إلا بإذن مالكه، كما تقدم للحديث.

٢٠٣١ ـ وعن إبراهيم النخعي ـ وذكر له قوله ﷺ: «الرهن محلوب ومركوب» ـ فقال: إن كانوا ليكرهون أن يستمتعوا من الرهن بشيء. رواه البيهقي[(٣)].

(والثانية): ـ وهي المشهورة، والمعمول عليها في المذهب ـ للمرتهن أن يركب ما يركب، ويحلب ما يحلب، بمقدار العلف، متحرياً للعدل في ذلك.

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٤٤١، والدارقطني في سننه ٣/ ٣٢.
(٢) أخرجه أحمد ٣/ ٤٢٣، والدارقطني ٣/ ٢٥، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٩٧.
(٣) السنن الكبرى ٦/ ٣٨.

٢٠٣٢ ـ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول لله ﷺ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان محلوباً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»[١] رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي، وقول الشافعي رحمه الله: يشبه قول أبي هريرة أن من رهن ذات ظهر ودر لم يمنع الراهن ظهرها ودرها، لأن له رقبتها.

٢٠٣٣ ـ يرده ما في المسند «إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب، وعلى الذي يشرب نفقته»[٢] فجعل المنفق هو المرتهن، فيكون هو المنتفع، ثم قوله ﷺ: «الظهر يركب بنفقته» أي بسبب نفقته، وهو إشارة إلى أن الانتفاع عوض النفقة» وذلك إنما يتأتى في المرتهن، أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه ليسا بسبب المعاوضة، وإنما ذلك بسبب الملك، ولأن ذلك محض مصلحة، من غير مفسدة، ومبنى الشرع على ذلك، وبيانه أن منفعة الركوب لو تركت لذهبت مجاناً، وكذلك اللبن لو ترك لفسد، وبيعه أولاً فأولاً ربما تعذر، ثم هذا الحيوان لا بد له من نفقة، فأخذها من مالكه ربما أضر به، وربما تعذر أخذها منه، فإن بيع بعض الرهن فيها فقد يفوت الرهن بالكلية، فجوز الشارع للمرتهن الإنفاق والاستيفاء بقدره، إذ لا حرج عليه في ذلك، بل فيه دفع الحرج عنه، وحفظ الرهن، وإذاً تحصل المصلحة من الطرفين. انتهى.

ويدخل في المحلوب إذا كانت أمة مرضعة، فإن للمرتهن أن يسترضعها بقدر نفقتها، كما أشار إليه أبو بكر في التنبيه، ونص عليه ابن حمدان، وهل يلحق بالمركوب والمحلوب ما يخدم من عبد أو أمة؟ فيه روايتان (أشهرهما) لا، قصراً للنص على مورده، كما أشار إليه الإمام في رواية الأثرم، إذ الأصل المنع مطلقاً.

٢٠٣٤ ـ لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[٣] خرج منه ما تقدم (والثانية) نعم، قياساً على ما تقدم، لفهم العلة وهو ذهاب المنفعة.

إذا عرف هذا فشرط الاستيفاء أن يكون بقدر العلف، مع تحري العدل، ولا ينهك ولا يعجف بالركوب والحلاب، حذاراً من الضرر المنفي شرعاً، ثم إن فضل من اللبن شيء عن النفقة ولم يمكن بقاؤه إلى وقت حلول الدين، فإن المرتهن يبيعه إن أذن له في ذلك، أو الحاكم إن لم يؤذن له، ويجعل ثمنه رهناً، وإن فضل من النفقة شيء رجع به على الراهن، قاله أبو بكر، وابن أبي موسى، وغيرهما، وظاهر كلامهم الرجوع هنا، وإن لم يرجع إذا أنفق على الرهن في غير هذه الصورة، لكن ينبغي إذا

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٥١٢، وأبو داود حديث ٣٥٢٦، وابن ماجه حديث ٢٤٤٠، وأحمد ٢/ ٤٧٢.
(٢) أخرجه أحمد ٢/ ٢٢٨.
(٣) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٠٢٩.

أنفق متطوعاً أنه لا يرجع بلا ريب.

وظاهر كلام الخرقي أنه لا يشترط لجواز الإنفاق والاستيفاء ـ فيما تقدم ـ تعذر النفقة من المالك بامتناعه أو غيبته، وهو ظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية، وأبي البركات، وطائفة، وصرح به أبو محمد في المغني، نظراً لإطلاق الحديث، وشرط أبو بكر في التنبيه امتناع الراهن من النفقة، والقاضي في الجامع الصغير، وأبو الخطاب في خلافه وصاحب التلخيص وغيرهم غيبة الراهن، وابن عقيل في التذكرة إذا لم يترك له راهنه نفقة، وينبغي أن يكون هذا محل وفاق.

(تنبيه): قوله ﷺ: «لا يغلق الرهن» في رواية «من صاحبه» الحديث أي لا يستحقه المرتهن، يقال: غلق الرهن إذا لم يوف الراهن الحق، فاستحق المرتهن الرهن، قال زهير[1]:

وفارقتك برهن لا فكاك له ... يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

فأخبر النبي ﷺ أن الرهن لا يغلق، وقد جاء ذلك صريحاً في حديث مرسل.

٢٠٣٥ ـ فروى البيهقي في سننه[2] بسنده إلى معاوية بن عبد الله بن جعفر، قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن» وإن رجلاً رهن داراً بالمدينة إلى أجل، فلما جاء الأجل قال الذي ارتهن: هي لي. فقال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن» انتهى.

٢٠٣٦ ـ وقال معمر: قلت للزهري: يا أبا بكر قوله: «الرهن لا يغلق» قال: يقول: إن لم آتك إلى كذا وكذا فهو لك. والله أعلم.

ـ قال: وغلة الدار وخدمة العبد، وحمل الشاة وغيرها، وثمرة الشجرة المرهونة من الرهن.

ش: نماء الرهن كأجرة الدار والعبد، وما يكتسبه باصطياد ونحوه وثمرة الشجرة وولد الأمة ونحو ذلك تبع للرهن، فيكون مرهوناً كالأصل، لأنه حكم ثبت في العين بعقد المالك، فدخل فيه النماء والمنافع كالملك، ولا يرد قوله: «له غنمه» لأنا نقول بموجبه، وأن الغنم مال للراهن، ولا يمنع ذلك من تعلق حق المرتهن به كالأصل.

ومقتضى كلام الخرقي رحمه الله جواز إجارة المرهون في الجملة، مع بقائه على الرهنية واللزوم، لقوله: وغلة الدار. ولا غلة للدار إلا بالإجارة، وهذا اختيار أبي محمد، وإحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله، نص عليها في رواية ابن منصور، فقال: له أن يكريه بإذن الراهن، وتكون الأجرة للراهن. (والثانية): يزول لزوم الرهن بذلك، أومأ إليها في رواية ابن منصور أيضاً، في رجل ارتهن داراً فأكراها من

(١) البيت من البسيط، وهو في ديوان زهير بن أبي سلمى ص ٣٣.
(٢) السنن الكبرى ٦/ ٤٤.

صاحبها، فلا تكون رهناً حتى ينقضي ذلك، فإذا انتقضى كراه رجعت إليه وصارت رهناً، ونحوه نقل ابن ثواب، وهذا اختيار أبي بكر في الخلاف، قال: إن منافع الرهن تعطل، ومبنى الخلاف على ما أشار إليه أبو الخطاب في الانتصار، أن مقصود الرهن هل هو الاستيفاء من ثمنه، عند تعذر الاستيفاء من الغريم، والاختصاص به دون بقية الغرماء، وذلك لا ينافي إجارته، أو ذلك مع استحقاق حبسه، وكونه تحت اليد على الدوام، والإِجارة تخرجه عن يده.

وفي المذهب قول ثالث: إن أجر المرتهن بإذن الراهن فالرهن بحاله، لعدم خروجه عن يد المرتهن وتصرفه، وإن أجر الراهن بإذن المرتهن، خرج من الرهن، لخروجه إلى يد الراهن، وإلى هذا القول ميل أبي الخطاب، ومنصوص أحمد مما يدل على ذلك، ومحل الخلاف إذا اتفقا على الإِيجار، أما إن امتنع أحدهما من الإِيجار فإن منافعه تعطل على المذهب، واختار ابن حمدان أنها لا تعطل، فيجبر من أبى منهما على الإِيجار، والحكم في إعارته كالحكم في إجارته، والله أعلم.

قال: ومؤونة الرهن على الراهن.

ش: مؤونة الرهن من طعام، وكسوة، ومسكن، وغير ذلك على الراهن، لأن ملكه، فكان ذلك عليه كبقية الأملاك، وقد تقدم قوله ﷺ: «له غنمه، وعليه غرمه» والمؤونة من الغرم، والله أعلم.

قال: وإن كان عبداً فمات فعليه كفنه.

ش: لأن الكفن من الغرم وهو عليه، والله أعلم.

قال: وإن كان مما يخزن فعليه كراء مخزنه.

ش: لأنه من مؤونته، وهي عليه لما تقدم، والله أعلم.

قال: والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن، رجع المرتهن بحقه عند محله، وكانت المصيبة فيه من راهنه، وإن كان تعدى المرتهن، أو لم يحرزه ضمن.

ش: الرهن أمانة في يد المرتهن، لما تقدم من قول النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه، وعليه غرمه» وهذا يدل على أن الغرم على الراهن لا المرتهن، وهذا هو المذهب المعروف. ونقل أبو طالب عن أحمد إذا ضاع الرهن عند المرتهن لزمه. وظاهرها لزوم الضمان له مطلقاً، لكن تأول ذلك القاضي على ما إذا تعدى، وأبى ذلك ابن عقيل، جريا على الظاهر.

٢٠٣٧ ـ وبالجملة استدل لهذه الرواية بما يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «الرهن بما فيه»[١] رواه الدارقطني والبيهقي، لكنه ضعيف، بل قيل: إنه موضوع. على أنه

(١) أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٢، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٤٠.

يحتمل أنه محبوس بما فيه، وبما روي عن عطاء أن رجلاً رهن فرساً فنفق في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «ذهب حقه» رواه الدارقطني أيضاً وغيره، وهو ضعيف أيضاً مع إرساله، وقد قال أحمد: مرسلات سعيد صحاح، وأما الحسن وعطاء فهي أضعف المرسلات، لأنهما كانا يأخذان عن كل.

٢٠٣٨ ـ قال الشافعي: ومما يدلك على وهن هذا عند عطاء إن كان رواه أن عطاء يفتي بخلافه، ويقول فيما ظهر هلاكه أمانة، وفيما خفي هلاكه: يترادان الفعل. انتهى.

ويتفرع على المذهب أن المصيبة فيه كأنها حصلت من راهنه، فلو تلف أن نقص كان ذلك على راهنه، وحق المرتهن بحاله، يرجع به عند محله، هذا كله إذا لم يتعد المرتهن ولم يفرط، أما إن تعدى ـ بأن استعمال الرهن ـ أو فرط ـ بأن لم يحرزه حرز مثله ونحو ذلك ـ فإنه يضمن، كما يضمن المودع ونحوه، والله أعلم.

ـ قال: إن اختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه.

ش: حيث لزم المرتهن الضمان، فاختلف هو والراهن في قيمة العين، وهي تالفة أن ناقصة بأن يدعي الراهن مثلاً أن قيمتها ثلاثون، ويدعي المرتهن أن قيمتها عشرون، ولا بينة بما قال واحد منهما، فالقول في ذلك قول المرتهن، لأنه غارم، ومنكر للزيادة، والقول قول المنكر مع يمينه، والله أعلم.

قال: وإن اختلفا في قدر الحق فالقول قول الراهن مع يمينه، إذا لم يكن لواحد منهما بما قال بينة.

ش: إذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي به الرهن، مثل أن يقول الراهن: رهنتك هذا على ألف. فيقول المرتهن: بل على ألفين. فإذاً القول قول الراهن مع يمينه، سواء أقر بالألف الأخرى أو أنكرها، لأنه منكر للرهن بالزيادة التي يدعيها المرتهن، والقول قول المنكر، وكما لو اختلفا في أصل الرهن، وهذا مع عدم البينة، أما إن وجدت، فإن الحكم لها، لأنها تبين الحق وتظهره.

وقول الخرقي: إذا لم يكن لواحد منهما بما قال بينة. الشرط راجع لهذه الصورة والتي قبلها، والله أعلم.

قال: والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفي حقه، حياً كان الراهن أو ميتاً.

ش: لا يختلف المذهب فيما نعلمه أن المرتهن أحق بثمن الرهن إلى أن يستوفي حقه من بقية الغرماء، في حياة الراهن لترجح حقه على حق غيره، والراجح مقدم، وبيانه أن حقه قد تعلق بالعين والذمة، وحق غيره إنما تعلق بالذمة فقط، فعلى هذا إذا حجر على الراهن لفلس فإن المرتهن يقدم بثمن الرهن، فإن كان وفق حقه فلا كلام،

وإن نقص ضرب مع الغرماء بالنقص، وإن زاد رد الفاضل على الغرماء.

أما مع موت الراهن. وضيق التركة عن جميع الديون، فهل المرتهن أسوة الغرماء، لأن التركة انتقلت إلى الورثة، وتعلق حق الغرماء بها تعلقاً واحداً، أو يقدم بثمن الرهن كما في حال الحياة، إذ التركة إنما تنتقل إلى الورثة بصفة ما كانت للموروث، وهذا هو المعروف عند الأصحاب؟ على روايتين منصوصتين، ولا يرد على الخرقي إذا جنى العبد المرهون، فإن حق المجني عليه يقدم على الراهن، لأن المجني عليه في الحقيقة ليس غريماً للراهن، إذ حقه متعلق بعين الرهن فقط، لا بذمة الراهن، مع أن الخرقي قد ذكر حكم ذلك، والله أعلم.

قال:

باب المفلس

ش: المفلس في عرف الفقهاء من فلسه الحاكم بالحجر عليه، وسببه أن يكثر دينه على ماله، ويطلب ذلك الغرماء، على ما يأتي إن شاء الله تعالى، والفلس في اللغة ذهاب المال غير الفلوس، قال ابن فلوس: يقال: أفلس الرجل. إذا صار ذا فلوس، بعد أن كان ذا دراهم، وقيل: هو العدم، يقال: أفلس بالحجة إذا عدمها، وقيل: هو من قولهم: تمر مفلس. إذا خرج منه نواه، فهو خروج الإنسان من ماله، وعلى هذا سمي المفلس مفلساً، وإن كان له مال يضيق عن دينه، لأن ماله مستحق للصرف، أشبه من لا مال له، أو باعتبار ما يؤول إليه، لأنه يؤول إلى أنه لا شيء له.

٢٠٣٩ ـ وفي الصحيحين أن النبي ﷺ قال لأصحابه: «أتدرون من المفلس؟ قالوا: يا رسول الله إن المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع، قال: «ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال، ويأتي وقد ظلم هذا، وأخذ من عرض هذا، فيأخذ هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه، ثم طرح في النار»(١) فأخبرت الصحابة رضي الله عنهم عن المفلس في عرفهم ولغتهم، وهو الذي لا شيء له، فقال: هذا الفلس كلا فلس، إنما الفلس المعتبر، الذي معه الحسرة العظيمة، والفقر الدائم، هو فلس الآخرة، حتى أن فلس الدنيا عنده بمنزلة الغنى.

٢٠٤٠ ـ ونحو هذا قوله ﷺ: «ليس الغنى عن كثرة العرض، إنما الغنى غنى النفس»(٢) والله أعلم.

قال: وإذا فلس الحاكم رجلاً فأصاب أحد الغرماء عين ماله فهو أحق به.

---

(١) أخرجه مسلم ١٦/ ١٣٥، وأحمد ٢/ ٣٠٣.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٦٤٤٦، ومسلم ٧/ ١٤٠.

ش: إذا ثبت على شخص دين حال ببيّنة أو إقرار، وماله أقل منه ـ قال ابن حمدان: أو قدره، ولا كسب له، ولا ما ينفق عليه منه، أو خيف تصرفه فيه. انتهى ـ فسأل غرماؤه ـ قال في التلخيص: أو بعضهم ودينهم أكثر من ماله، وحكى ابن حمدان ذلك قولاً. انتهى ـ الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم، لأن النبي ﷺ حجر على معاذ، وباع ماله في دينه.

٢٠٤١ ـ فروى البيهقي في سننه[١] عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك، عن أبيه أن النبي ﷺ حجر على معاذ بن جبل ماله، وباعه في دين كان عليه، وكان معاذ شاباً حليماً سمحاً، من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئاً، فلم يزل يدان، حتى أغرق ماله كله في الدين، فأتى النبي ﷺ فكلم غرماءه، فلو تركوا أحداً من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله، فباع لهم رسول الله ﷺ يعني ماله، حتى قام معاذ بغير شيء.

٢٠٤٢ ـ وكذلك حجر عمر رضي الله عنه على الأسيفع، أسيفع جهينة.

فإذا حجر الحاكم عليه ـ وهو معنى تفليسه له ـ ترتب بذلك أحكام (أحدها) تعلق حق غرمائه بماله، فلا يقبل إقراره عليه، ولا يصح تصرفه المستأنف فيه، إلا بالعتق على رواية، وخرج بقيد «المستأنف» الرد بالعيب فيما اشتراه قبل الحجر، والفسخ لخيار مشترط كذلك، فإن تصرفه في ذلك صحيح، لكن هل يتقيد بالأحظ؟ وفي التلخيص أنه قياس المذهب بناء على إجبار المفلس على اكتساب المال بما لا منة عليه فيه، أو لا يتقيد بذلك، وهو المشهور، لعدم استقرار العقد إذاً؟ فيه قولان، وبقيد «المال» التصرف في الذمة، وكذلك التصرف في البضع، وفي الدم، وفي النسب، (والحكم الثاني) بيع الحاكم ماله، وقسم ثمنه بين غرمائه لما تقدم، (الثالث): انقطاع المطالبة عنه ما دام كذلك، لظهور عسرته، ووجوب إنظاره إلى ميسرته.

(الرابع): أن من وجد من الغرماء متاعه بعينه عنده فهو أحق به من بقية الغرماء، بمعنى أن له فسخ البيع، وأخذ سلعته، بشروط تذكر إن شاء الله تعالى، وهذه مسألة الكتاب.

٢٠٤٣ ـ وذلك لما روى أبو هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس، أو إنسان قد أفلس فهو أحق به» وفي رواية «متاعه بعينه»[٢] متفق عليهما.

٢٠٤٤ ـ ومن ثم قضى بذلك عثمان رضي الله عنه، رواه عنه البيهقي[٣]، ولقد

(١) السنن الكبرى ٦/ ٤٨.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٤٠٢، ومسلم ١٠/ ٢٢١.

(٣) السنن الكبرى ٦/ ٤٦.

بالغ إمامنا رحمه الله في اتباع السنة كما هو دأبه، فقال: لو أن حاكماً حكم أنه أسوة الغرماء، ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث، رد حكم الحاكم.

ومقتضى كلام الخرقي أن الفسخ والرجوع لا يفتقر إلى حكم حاكم، وهو كذلك، لثبوت ذلك بالنص، فهو كخيار المعتقة ومن ثم أجاز أحمد نقض حكم من حكم بخلاف ذلك، وعموم كلامه يشمل البيع، والقرض، والدابة، والأرض المؤجرة إذا أفلس المستأجر قبل مضي مدة لمثلها أجر، وكذلك الصداق، كأن يصدق امرأة عيناً، ثم يستحق الرجوع فيها أو في نصفها، بأن ينفسخ النكاح لسبب من جهتها كردتها، أو من جهته ـ كطلاقه ـ وقد أفلست فإنه يرجع في عين ماله بشرطه.

وقوة كلام المصنف يقتضي أن الرجوع في عين المال مختص ببيع ونحوه وجد قبل الفلس، فيخرج ما وجد بعده فلا يرجع فيه، وهو أحد الوجوه، لدخوله على بصيرة أو تفريطه، (والثاني): يرجع أيضاً، لإِطلاق الخبر، (والثالث): يفرق بين العلم بالفلس وعدمه، وهو حسن.

(تنبيه): «الأسيفع» تصغير «أسفع» والسفعة في اللون السواد، والله أعلم.

قال: إلا أن يشأ تركه، ويكون أسوة الغرماء.

ش: يعني أن البائع إذا وجد ماله بعينه عند من أفلس، فإنه يخير، إن شاء رجع فيه لما تقدم، وإن شاء لم يرجع، وكان أسوة الغرماء، لأن الشارع جعله أحق به وأولى به، ولم يحتم ذلك عليه، وظاهر كلام المصنف أنه لو بذل له الغرماء الثمن، لم يلزمه القبول، لأنه لم يستثن ذلك، ونص عليه أحمد، لظاهر الخبر، ودفعا للمنة عنه، نعم إن بذلوا الثمن للمفلس فبذله له امتنع عليه الفسخ، لزوال سببه وهو عجزه عن أخذ الثمن، ومن ثم لو أسقط الغرماء حقوقهم، أو وهب له مال بحيث يمكن أداء الثمن زال الفسخ، والله أعلم.

قال: فإن كانت السلعة قد تلف بعضها، أو مزيدة بما لا تنفصل زيادتها، أو نقد بعض ثمنها، كان البائع فيها كأسوة الغرماء.

ش: قد تقدم أن أحد الغرماء إذا وجد متاعه بعينه عند من فلسه الحاكم أنه أحق به، لكن ذلك بشروط (أحدها) أن يكون المتاع باقياً بحاله، لم يتلف بعضه، فإن تلف بعضه ـ كأن تلف بعض الدار، أو الثوب، أو الثمرة المبيعة مع الشجرة، أو قطعت بعض أطراف العبد، ونحو ذلك ـ فلا رجوع للبائع، بل يكون أسوة الغرماء، نظراً للخبر، فإنه لم يجد المتاع بعينه، فلو تعدد المبيع، كعبدين أو ثوبين، فتلف أحدهما فهل يمتنع الرجوع رأساً، أو يرجع في الموجود، ويضرب مع الغرماء بقسط التالف من الثمن؟ فيه روايتان، ولعل مبناهما أن العقد هل يتعدد بتعدد المبيع أم لا؟ وحكم انتقال البعض ببيع ونحوه حكم التلف، نعم إن عاد المنتقل إلى ملك المفلس فهل هو كالذي

لم يزل، أو كالذي لم يعد؟ فيه وجهان مشهوران، وحكى أبو محمد وجهاً ثالثاً: إن عاد بسبب جديد ـ كبيع أو هبة، ونحوهما فكالذي لم يعد، وإن عاد بفسخ كالإقالة، والرد بالعيب ـ فكالذي لم يزل، وجعل أبو محمد من صور تلف البعض إذا استأجر أرضاً للزرع، فأفلس بعد مضي مدة لمثلها أجرة، تنزيلاً للمدة منزلة المبيع، ومضي بعضها بمنزلة تلف بعضه، وقال القاضي، وصاحب التلخيص: له الرجوع، ويلزمه تبقية زرع المفلس بأجرة المثل، ثم هل يضرب بها مع الغرماء ـ، وهو المحكي عن القاضي ـ أو يقدم بها عليهم ـ وهو الذي في التلخيص ـ؟ على وجهين.

وقد فهم من كلام الخرقي بطريق التنبيه فيما إذا تلف المبيع جميعه، فإنه لا رجوع، وكذلك لو انتقل عنه، وفهم من كلامه أيضاً أن نقص الصفات ـ كالهزال، ونسيان صناعة ونحو ذلك ـ لا يمنع الرجوع، وهو كذلك، لأن المتاع موجود بعينه، وإذا أخذ إنما يأخذ بجميع حقه، واختلف في وطء البكر، وجرح العبد، هل هو من فقد الصفات فلا يمنع الرجوع ـ وبه قطع أبو بكر ـ أو من فقد الأجزاء فيمنع؟ على وجهين، أما وطء الثيب فبمنزلة فقد الصفات على المشهور، وأجرى ابن أبي موسى فيه الوجهين، وإذا قيل بالرجوع مع الجرح، فإن كان الجرح مما لا أرش له، كالحاصل بفعل بهيمة أو المفلس، ونحو ذلك فلا شيء له مع الرجوع، وإن كان مما له أرش كالحاصل بفعل أجنبي، نظر ما نقص من قيمته، فرجع بقسطه من الثمن، قاله أبو محمد، وقياس جعله من باب فقد الصفات، أنه لا شيء له مطلقاً.

(تنبيه): إذا خلط المبيع أو بعضه بما لا يتميز منه ـ كأن كان زيتاً فخلطه بمثله، ونحو ذلك ـ فقال أبو محمد: يسقط حقه من الرجوع، لأنه لم يجد عين ماله، وقد يقال: إنه ينبني على الوجهين في أن الخلط هل هو بمنزلة الإتلاف أم لا؟ ولا نسلم أنه لم يجد عين ماله، بل وجده حكماً. (الشرط الثاني): أن لا يزيد المتاع زيادة متصلة، كالسمن، وتعلم صناعة، ونحو ذلك، على اختيار الخرقي، والشيرازي، ولم يعتبر ذلك الإمام في رواية الميموني، بل جوز للبائع الرجوع بالزيادة مجاناً، ومناط ذلك أن المبيع مع الزيادة المتصلة هل خرج عن أن يكون بعينه أم لا؟ وخرج من كلام الخرقي الزيادة المنفصلة، فإنها لا تمنع الرجوع في الجملة، بلا خلاف نعلمه بين الأصحاب، لوجود المتاع بعينه، ثم هل تكون الزيادة للمفلس في الجملة ـ ويحتمله كلام الخرقي، لمنعه من الرجوع مع الزيادة المتصلة، وهو اختيار ابن حامد، والقاضي في روايتيه، والشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، وأبي محمد، لأنهما نماء ملكه ـ أو للبائع ـ وهو اختيار أبي بكر، والقاضي في الجامع، تمسكاً بإطلاق أحمد ـ في رواية حنبل ـ في ولد الجارية، ونتاج الدابة، أنه للبائع، وهو محمول ـ عند ابن أبي موسى، وابن حامد، والقاضي، وأبي محمد ـ على ما إذا باعها حاملاً؟ عل قولين، فعلى الأول لو كانت الزيادة ولد الأمة فهل يمتنع الرجوع مطلقاً، لتعذر التفرقة الممنوع منها شرعاً ـ

وهو قول ابن أبي موسى ـ أو لا يمتنع إلا إن امتنع البائع من دفع القيمة، ـ أما إن دفع قيمة الولد فله الرجوع، ـ أو لا يمتنع مطلقاً، بل تباع الأم وولدها، ويصرف للبائع ما خص الأم من الثمن، على أنها ذات ولد؟ على ثلاثة أوجه.

ويدخل في قول الخرقي: أو مزيدة بما لا تنفصل زيادتها. ما إذا زادت بصناعة، كقصارة، ونحو ذلك، وهو أحد الوجهين، واختيار ابن أبي موسى، (والثاني) ـ وقال صاحب التلخيص: إنه المذهب ـ لا يمنع ذلك الرجوع، ثم هل تسلم للبائع مجاناً، ـ كالزيادة المتصلة على المنصوص ـ أم عليه الأجرة؟ فيه وجهان، وقد تحرز الخرقي بقوله: مزيدة بما لا تنفصل زيادتها. عما إذا كان المتاع باباً فسمر فيه مسامير، أو نحو ذلك، فإن الزيادة تنفصل، ويرجع البائع في عين ماله.

(الشرط الثالث): أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً، فإن قبض منه شيئاً سقط حقه في الرجوع.

٢٠٤٥ ـ لأن في الحديث في رواية لأبي داود[(١)] «أيما رجل باع سلعة، فأدرك سلعته بعينها، عند رجل قد أفلس، ولم يقبض من ثمنها شيئاً فهي له، فإن كان قضاه من ثمنها شيئاً فما بقي فهو أسوة الغرماء» وفي معنى قبض البعض الإِبراء منه، والله أعلم.

قال: ومن وجب له بشاهد فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ويستحقوا.

ش: لأنهم غير مدعين، واليمين إنما هي على المدعي مع شاهده.

٢٠٤٦ ـ لقوله ﷺ: «البينة على المدعي»[(٢)] واليمين لا تدخلها النيابة ومقتضى قول الخرقي أن المفلس إذا حلف صح حلفه، وهو كذلك، وأنه إذا لم يحلف لم يجبر، وهو كذلك، لاحتمال قيام شبهة عنده تمنعه من اليمين، والله أعلم.

قال: وإذا كان على المفلس ديون مؤجلة لم تحل بالتفليس.

ش: هذا المذهب المشهور، حتى أن القاضي جعله رواية واحدة، لأن الأجل حق للمفلس، فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه، وعنه: يحل. حكاها أبو الخطاب، دفعاً للضرر عن ربه، (وعنه): إن وثق لم يحل، لزوال الضرر، وإلا حل، نقلها ابن منصور، فإن قلنا بحلوله فهو كبقية الديون الحال، وإن قلنا بعدم حلوله، فإنه لا يوقف لربه شيء، ولا يرجع على الغرماء به إذا حل، نعم إذا حل قبل القسم شارك الغرماء، وإن حل بعد قسمة البعض شاكهم أيضاً، وضرب بجميع دينه، وباقي الغرماء ببقية ديونهم، والله أعلم.

---

(١) سنن أبي داود حديث ٣٥٢٠.

(٢) أخرجه الدارقطني ٣/ ٢١٨، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٢٥٢.

قال: وكذلك في الدين الذين على الميت، إذا وثق الورثة.

ش: أي لا يحل بالموت إذا وثق الورثة بأقل الأمرين، من قيمة التركة، أو الدين، بكفيل مليء، أو رهن يفي بالحق، لأن الأجل حق للميت، فورث عنه كبقية حقوقه.

٢٠٤٧ ـ قال ﷺ: «من ترك حقاً أو مالاً فلورثته»[١] هذا هو المشهور، والمختار للأصحاب من الروايتين (والثانية) وهي اختيار ابن أبي موسى: يحل. لأن ذمة الميت قد خربت، أو في حكم الخراب، لتعذر المطالبة، والورثة لم يلتزموا الدين، ولا رضي صاحبه بذممهم، وتعلقه بالتركة فيه ضرر على الميت، لأن ذمته مرتهنة بدينه.

٢٠٤٨ ـ كما في الترمذي وحسنه عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»[٢] وعلى رب الدين، لاحتمال تلف التركة، ولا نفع فيه للورثة، لعدم تصرفهم في التركة إن قيل بتعلق الدين بها، انتهى، فإن لم يوثق الورثة حل على المشهور والمجزوم به للشيخين وغيرهما، لغلبة الضرر، وظاهر كلام أبي الخطاب في الانتصار أن الوارث لا يلزمه التوثيق إذا كانت ذمته مليئة، وإنما يلزمه إذا كان على غير مليء.

(تنبيهان): «أحدهما» فعلى المذهب إن لم يكن له وارث فهل يحل الدين، أو لا وينتقل المال إلى بيت المال، ويضمن للغرماء؟ فيه احتمالان ذكرهما في الانتصار، «الثاني» لا خلاف نعلمه أن دين الميت المؤجل لا يحل بموته، وكذلك لا يحل دين المفلس المؤجل بفلسه، والله أعلم.

قال: وكل ما فعله المفلس في ماله قبل أن يوقفه الحاكم فجائز.

ش: معنى إيقاف الحاكم هو تفليسه، لأنه بالتفليس أوقفه عن التصرف في ماله، ويحتمل أن يريد بإيقاف الحاكم له إظهار الحجر عليه، بالمناداة عليه بأن فلاناً قد حجر الحاكم عليه فلا تعاملوه، وبالجملة ما فعله المفلس قبل تفليس الحاكم له في ماله، ـ من بيع، أو قضاء بعض الغرماء، ونحو ذلك ـ فهو جائز، لأنه رشيد غير محجور عليه، فنفذ تصرفه كغيره.

ومفهوم كلام الخرقي أن ما فعله في ماله بعد الحجر عليه لا يجوز، أي لا يصح وهو كذلك، وقد تقدم، ويدخل في عموم المفهوم عتقه لبعض أرقائه، وهو إحدى الروايتين، واختيار أبي الخطاب، وأبي محمد، (والثانية) ـ وهي اختيار أبي بكر في التنبيه، والقاضي والشريف ـ: ينفذ، وإنما قيد ذلك بالمال لأن تصرفه في الذمة يصح مطلقاً، لكن لا يشارك أصحابه بعد الحجر عليه الغرماء، والله أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٢٩٨.

(٢) أخرجه الترمذي ١٠٨٤، وأحمد ٢/ ٥٠٨.

قال: وينفق على المفلس، وعلى من تلزمه مؤونته من ماله، إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه.

ش: ينفق على المفلس من ماله، لأن ملكه باق.

٢٠٤٩ ـ وقد قال ﷺ: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[١] وكذلك ينفق على من تلزمه مؤنته للحديث، وشرط أبو محمد للنفقة عليه وعلى من تلزمه مؤونته أن لا يكون له صناعة تفي بذلك، والواجب من النفقة أدنى نفقة مثله بالمعروف، وحكم الكسوة حكم النفقة، والله أعلم.

قال: ولا تباع داره التي لا غنى له عن سكناها.

ش: لأن حاجته داعية إلى ذلك، فأشبه النفقة، والكسوة، ولابن حمدان احتمال أن من أدان ما اشترى به مسكناً، أنه يباع، ولا يترك له، ولو كان المسكن عين ماله بعض الغرماء أخذه بالشروط السابقة، وقد تقدم ذلك للخرقي، وحكم الخادم المحتاج إليه حكم الدار، وقد خرج من كلام الخرقي إذا كان له داران، فإن إحداهما تباع، لغناه عنها، وكذلك لو كانت له دار واسعة، لا يسكنها مثله، ويشترى له مسكن مثله والله أعلم.

قال: ومن وجب عليه دين فذكر أنه معسر به حبس إلى أن يأتي ببينة تشهد بمعسرته.

ش: من وجب عليه دين فإن كان مؤجلاً لم يطالب به ولم يلازم به، وإن كان حالاً فطولب به وله مال ظاهر أمر بوفائه، وإن لم يكن له مال ظاهر فذكر أنه معسر، فإن صدقه الغريم أو لم يصدقه وقامت بينة ـ كما سيأتي ـ بذلك لم يتعرض له لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وإن لم يصدقه ولم تقم بينة بذلك، فإن علم له مال، أو كان دينه ثبت عن مال ـ كالبيع والقرض ـ والغالب بقاؤه، أو من غير مال كالضمان ونحوه وأقر أنه مليء، فالقول قول غريمه مع يمينه أنه لا يعلم عسرته بدينه، وفي الرعاية أنه يحلف أنه موسر بدينه، ولا يعلم إعساره به، فإن نكل عن اليمين حلف المفلس وخلي سبيله، وإن حلف حبس المدين ليظهر حاله إلى أن يقيم بينة ـ ولو بعد يوم ـ تشهد بتلف أو إعساره هذا هو التحقيق، وفاقاً للمجد وغيره، وفي التلخيص أنها لابد وأن تشهد بالتلف، وظاهر كلامه: والإعسار. وكذا في الرعاية، قال: تشهد بذهابه وإعساره، لا أنه لا يملك شيئا، ثم إن شهدت بالإعسار اعتبر خبرتها بباطنه وإن شهدت بالتلف لم يعتبر ذلك، إذ التلف يطلع عليه كل أحد، بخلاف الإعسار، وهل يحلف مع بينته؟ فيه قولان، والتحقيق منهما ـ وقطع به أبو محمد في الكافي، وأبو البركات، وصححه ابن حمدان ـ أنها إن شهدت

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٢٧٤.

بالتلف فطلب منه اليمين على عسرته وجب عليه ذلك، لأن اليمين على أمر محتمل، خلاف ما شهدت به البينة، وإن شهدت بالإعسار فلا، لما فيه من تكذيب البينة، وإن لم يعلم له مال، ولم يكن دينه عن مال، كعوض النكاح وغيره، ولم يقر بالملاءة به، أو عن مال والغالب ذهابه، فالقول قوله مع يمينه، لترجحة جانبه، إذ الأصل عدم المال، ومن ثم يرجح جانب غريمه فيما إذا ثبت له مال إذ الأصل بقاؤه، والخرقي رحمه الله لم يفرق بين حالة وحالة والمعروف التفرقة.

وقد علم من كلام الخرقي أن البينة تسمع على الإعسار وهو كذلك.

٢٠٥٠ ـ لحديث قبيصة بن المخارق ـ وقد تقدم في الزكاة ـ «حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجى من قومه: لبد أصابت فلاناً فاقة»[١] والله أعلم.

قال: وإذا مات فتبين أنه كان مفلساً لم يكن لأحد من الغرماء أن يرجع في عين ماله.

ش: هذا الشرط الرابع في رجوع البائع في عين ماله، وهو أن يكون المفلس حياً، فإن مات فلا رجوع له، سواء مات بعد الحجر عليه أو قبله فتبين فلسه.

٢٠٥١ ـ لأن في بعض ألفاظ الحديث: عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام، عن النبي ﷺ: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء»[٢] رواه مالك في الموطأ وأبو داود، ولا يعترض بأنه مرسل، إذ المرسل عندنا حجة مع أن أبا داود قد رواه أيضاً فوصله فقال: عن أبي بكر بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ ولفظه «وأيما امريء هلك وعنده متاع امرىء بعينه، اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض، فهو أسوة الغرماء». وقول الشافعي: إنه موجود في حديث أبي بكر عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه انتهى بالقول فهو أحق به، وأنه يشبه أن يكون ما زاد من قوله: وإن مات. إلى آخره من رأيه لا روايته الظاهر خلافه، وتركه الزيادة إن ثبت فلعله لعدم الحاجة إلى ذكرها إذاً، مع كون الحكم لا يختل بتركها، أو لنسيانها.

٢٠٥٢ ـ واعتراضه بحديث ابن خلدة قاضي المدينة الذي رواه الطيالسي، قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فأصاب رجل متاعه بعينه، فقال أبو هريرة: هذا الذي قضى رسول الله ﷺ أن من أفلس أو مات فأدرك رجل متاعه بعينه فهو أحق به، إلا أن يدع الرجل وفاء. يجاب عنه بضعفه، قال ابن المنذر: إنه مجهول الإسناد، وقال ابن عبد البر: يرويه أبو المعتمر، عن ابن خلدة، وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم وهذا الشرط أهمله صاحب التلخيص انتهى.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١١٩٧.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٢٠، ٣٥٢١.

وقد بقي من شروط رجوع البائع فيما تقدم شروط، ولم يتعرض لها الخرقي (منها) ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه (أحدها) أن لا يتغير المبيع تغيراً يزيل اسمه، كأن كان حنطة فصار دقيقاً، أو دقيقاً فصار خبزاً، أو زيتاً فصار صابوناً، أو غزلاً فصار ثوباً، أو ثوباً فصار قميصاً ونحو ذلك، لأن المبيع لم يبق بعينه، واختلف فيما إذا كان بذراً فصار زرعاً، أو بيضاً فصار فراخاً ونحو ذلك، هل يسلك به سبيل الزيادة المتصلة كالجنين إذا صار ولداً، فيجري في الرجوع فيه الخلاف السابق، وهو رأي القاضي، وصاحب التلخيص فيه، أو سبيل ما تقدم مما تغير اسمه بصناعة، فيمتنع الرجوع فيه، وهو ظاهر كلام أبي محمد؟ على قولين (الشرط الثاني) فيه، وهو ظاهر كلام أبي محمد؟ على قولين (الشرط الثاني): أن لا يتعلق بالمبيع حق الغير، كأن يجده مرهوناً، لئلا يزال الضرر بالضرر، ولأن الحديث «من وجد متاعه عند رجل قد أفلس» وهذا لم يجده عند المفلس، واختلف فيما إذا كان عبداً فجنى، هل يكون تعلق الجناية به مانعاً من الرجوع فيه، ما في الرهن، إذ حق الجاني مقدم على حق الراهن، والمقدم على المقدم مقدم، أو ليس بمانع، لأن تعلق الجناية لا يمنع التصرف في الجاني بخلاف الرهن؟ على وجهين، وكذلك اختلف فيما إذا كان شقصاً مشفوعاً هل يمنع تعلق الشفعة به من الرجوع فيه، لتعلق حق الشفيع به ابتداء، وهو اختيار أبي الخطاب، أو لا يمنع، لأن بالرجوع يعود كما كان، فيزول الضرر، وهو اختيار ابن حامد، أو إن طالب الشفيع امتنع الرجوع، لتأكد حق الشفيع بالطلب وإن لم يطالب رجع؟ على ثلاثة أوجه: (الشرط الثالث) أن يكون ثمن العين المبيعة حالاً، فإن كان مؤجلاً فلا رجوع للبائع، قاله أبو بكر في التنبيه، وصاحب التلخيص فيه، لعدم تمكنه من مطالبة الثمن إذاً الذي العجز عنه سبب الرجوع، والمنصوص عن أحمد في رواية الحسن بن ثواب ـ وعليه الجمهور ـ أن هذا ليس بشرط، لكن المنصوص أن المتاع يوقف إلى الأجل، ثم عند انقضائه يخير البائع بين الأخذ والترك، إعمالاً لحقيهما، حق البائع في الرجوع، وحق المفلس في الأجل، وابن أبي موسى يقول: يؤخذ في الحال لعدم الفائدة في الوقف (الشرط الرابع) العجز عن أخذ الثمن، فلو تجدد للمفلس مال بعد الحجر وقبل الرجوع فلا رجوع، وقد تقدمت الإشارة إلى هذا. (الخامس) كون البائع حياً، فلا رجوع للورثة، لظاهر الحديث، وحكى الآمدي رواية أخرى أن هذا ليس بشرط، فترجع الورثة، وهو ظاهر كلام الشيخين، لعدم اشتراطهم ذلك وعلى هذا مجموع الشرائط تسعة أو ثمانية أو سبعة، والله أعلم.

قال: ومن أراد سفراً وعليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب الحق منعه.

ش: كمن أراد السفر من أهل مصر إلى الحجاز، وعليه دين يحل في أول المحرم ونحو ذلك لما يلحق الغريم من الضرر بتأخير حقه، والضرر منفي شرعاً قال: «لا ضرر ولا ضرار» وإن كان الدين لا يستحق إلا بعد مدة السفر، كما إذا كان قدومه

في أواخر المحرم، والدين يحل في أول ربيع، ونحو ذلك، فإن كان السفر للجهاد منع، لما فيه من المخاطرة بالنفس، فلا يؤمن فوات النفس، وإن كان لغير الجهاد فروايتان (إحداهما) له منعه، لاحتمال التأخير بحدوث حادث أو غيره، فيلحق الغريم الضرر (والثانية): وهي ظاهر كلام الخرقي، واختيار القاضي ـ ليس له منعه، لأن الأصل بل والغالب عدم الضرر، إذ الأصل عدم الحادث، وحيث قيل بالمنع فذلك معتبر بتوثيق برهن يفي بالحق، أو كفيل مليء، فيزول المنع لزوال الضرر إذاً.

(تنبيه): محل الخلاف على مقتضى كلام أبي محمد في السفر الطويل والله أعلم.

كتاب الحجر

الحجر في اللغة المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً، قال تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾ [الفرقان: ٢٢] أي حراماً محرماً، ويسمى العقل حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح وتضر عاقبته، قال تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ ۝٥﴾ [الفجر: ٥] أي عقل، وهو في الشرع منع خاص وهو: منع الصبي، والمجنون، والسفيه، من التصرف في مالهم مطلقاً، ومنع العبد، والمكاتب، والمريض والراهن والولي، ونحوهم من تصرف خاص، ثم الحجر تارة لحق نفسه، كالحجر على الصبي، والمجنون، والسفيه، وهذا الذي عقد الباب لأجله، وتارة لحظ غيره، وهو ما عدا ذلك.

والأصل في مشروعية الحجر قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء: ٥] الآية وأضيفت الأموال إلى الأولياء لأنهم القائمون عليها، المدبرون لها، وقال تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٦] الآية، وإذا ثبت الحجر على هذين، ثبت على المجنون بطريق التنبيه. والله أعلم.

قال: ومن أونس منه رشد دفع إليه ماله إذا كان قد بلغ.

ش: هذا مما لا خلاف فيه في الجملة، وقد حكاه ابن المنذر إجماعاً، ويشهد له قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، ولأن الحجر كان لمعنى، فيزول بزوال ذلك المعنى، وهل يعتبر مع ذلك حكم الحاكم؟ أما في المجنون فلا يعتبر لظهوره، وأما في غيره فثلاثة أوجه (ثالثها) يعتبر في حجر السفيه دون الصبي، وهو الصحيح عند الشيخين وغيرهما.

وقوة كلام الخرقي يقتضي أنه إنما حكم على الصبي، وحكم المجنون والسفيه حكمه، فيدفع إلى المجنون إذا عقل، وإلى السفيه إذا رشد، وحكم حاكم على الصحيح، وقد يقال: إن كلامه يشمل الثلاثة، إذ الرشد لا بد منه فيها، وإذاً تقدير كلامه: ومن أونس منه رشد دفع إليه ماله، فإن كان صبياً فإذا بلغ، وفيه شيء.

ومفهوم كلام الخرقي رحمه الله أنه لا يدفع المال قبل البلوغ والرشد، وهو صحيح ولو صار شيخاً، لأن الله تعالى شرط للدفع ذلك، والمشروط عدم عند عدم شرطه.

٢٠٥٣ ـ وروى الجوزجاني في كتابه المترجم قال: كان القاسم بن محمد يلي

أمر شيخ من قريش، ذي أهل ومال، فلا يجوز له أمر في ماله دونه، لضعف عقله.

ويستفاد من كلامه بطريق الإِشارة أنه يحجر على الصبي ونحوه، وقد تقدم ذلك والله أعلم.

(تنبيه): البلوغ يحصل في حق الغلام والجارية بالاحتلام، وهو خروج المني الدافق بلذة، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النور: ٥٩].

٢٠٥٤ ـ وقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبي حتى يحتلم»(١).

وبنبات الشعر الخشن حول ذكر الرجل، وفرج المرأة، وحول الفرجين إن كان خنثى.

٢٠٥٥ ـ لأن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة، فحكم بقتل مقاتلتهم، وسبي ذراريهم، وأمر بأن يكشف عن مؤتزرهم، فمن أنبت فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت ألحق بالذرية، وقال له النبي ﷺ: «لقد حكمت بحكم الله من فوق سبعة أرقعة»(٢).

٢٠٥٦ ـ وعن عمر رضي الله عنه، أنه كتب إلى عامله أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه الموسى.

٢٠٥٧ ـ وباستكمال خمس عشرة سنة لأن ابن عمر رضي الله عنهما قال: عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني(٣). متفق عليه.

٢٠٥٨ ـ وفي مسند الشافعي رضي الله عنه أن عمر بن عبد العزيز أخبر بذلك، فكتب إلى عامله: أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة سنة.

٢٠٥٩ ـ وتزيد الجارية بالحيض لقول النبي ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»(٤).

وأما الحمل فهو دليل إنزالها، فيحكم ببلوغها إذا ولدت منذ ستة أشهر، لأنه اليقين، إذ الولد إنما يخلق من مائهما، قال سبحانه وتعالى: ﴿فَلْيَنظُرِ ٱلْإِنسَٰنُ مِمَّ خُلِقَ ﴿٥﴾ خُلِقَ مِن مَّآءٍ دَافِقٍ ﴿٦﴾ يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ﴿٧﴾﴾ [الطارق: ٥ ـ ٧]. قال صاحب التلخيص فيه: فإن كانت ممن لا توطأ كأن طلقها زوجها، وأتت بولد لأكثر مدة الحمل من حين طلاقه، فيحكم ببلوغها قبل المفارقة.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٣٩٠.
(٢) أخرجه بنحوه البخاري حديث ٣٠٤٣، ومسلم ١١/ ٩٢.
(٣) أخرجه البخاري حديث ٢٦٦٤، ومسلم ١٣/ ١١.
(٤) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٥٦٣.

(تنبيه): هل الإِنزال من أحد فرجي الخنثى المشكل علم على بلوغه؟ فيه وجهان.

(أحدهما): لا، لأنه لا يكون إلا من أحدهما وهو مشكوك فيه، والثاني نعم، قال في التلخيص: لأن الاعتبار عندنا بالانتقال، وهذا مختار أبي محمد،لكنه لا يعتبر هذا البناء، وفي الحيض أيضاً، فأما إن حاض وأنزل فإنه يحكم ببلوغه عند القاضي، وصاحب التلخيص وقيل: لا. والله أعلم.

قال: وكذلك الجارية وإن لم تنكح.

ش: حكم الجارية حكم الغلام، عند الخرقي، وأبي محمد، فيدفع إليها مالها إذا رشدت وبلغت، لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ الآية، ومنصوص الإِمام أحمد. في رواية أبي طالب أنه لا يدفع إليها بعد بلوغها ورشدها، حتى تتزوج وتلد، أو يمضي عليها حول في بيت زوجها، وهذا مختار أبي بكر والقاضي، والشيرازي، وابن عقيل في التذكرة.

٢٠٦٠ ـ لما روى سعيد بن منصور في سننه، عن شريح أنه قال: عهد إليّ عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولاًأو تلد ولداً. وعلى هذا إن لم تتزوج فقال القاضي: عندي أنها يدفع إليها مالها إذا عنست، أي كبرت وبرزت للرجال.

قال أبو محمد: ويحتمل دوام الحجر عليها مطلقاً. والله أعلم.

قال: والرشد الصلاح في المال.

ش: هذا المشهور المعروف في المذهب، اتباعاً لتفسير ابن عباس رضي الله عنه.

٢٠٦١ ـ فإنه قال في قوله سبحانه: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ [النساء: ٦]: يعني صلاحاً في أموالهم. ولأن العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام، فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا، فعلى هذا إذا كان مصلحاً لماله، دفع إليه ماله، وإن كان مفسداً لدينه، كمن يترك الصلاة، أو يمنع الزكاة، أو يغتاب الناس، ونحو ذلك، نعم إن كان فسقه يلزم منه تبذير المال، كمن يشتري الخمر، أو المغنيات، ونحو ذلك ـ فليس برشيد، لا لفسقه، بل لعدم حفظه، وذهب ابن عقيل إلى أن الرشد الصلاح في المال وفي الدين، قال: وهو الأليق بمذهبنا وقولنا، بحسب الذرائع، واستدل لذلك بالآية الكريمة، فإنها نكرة في سياق الشرط فتعم والله أعلم.

قال: فإن عاوده السفه حجر عليه.

ش: إذا فك الحجر عن المحجور عليه بشرطه، فعاود السفه أو جن أعيد الحجر عليه، نظراً إلى دوران الحكم مع العلة.

٢٠٦٢ ـ ويروى أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً، فقال علي رضي الله عنه: لآتين عثمان ليحجر عليك. فأتى عبد الله بن جعفر الزبير، فقال: قد ابتعت بيعاً، وإن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان، فيسأله الحجر علي. فقال الزبير: أنا شريكك في البيع. فأتى علي عثمان، فقال: إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه. فقال الزبير: أنا شريكه في البيع. فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير.

(تنبيه): الذي يحجر هنا هو الحاكم لا غير، ولا ينفك الحجر إلا بحكمه على الصحيح والله أعلم.

قال: فمن عامله بعد ذلك فهو المتلف لماله.

ش: من عامل السفيه بعد الحجر عليه ببيع أو قرض، أو غيرهما لم تصح معاملته لأنه محجور عليه، أشبه المجنون، ثم ما أخذ منه يجب انتزاعه إن كان باقياً، أو بدله أن كان تالفاً، وما أخذه السفيه رد على مالكه إن كان باقياً، وإن كان تالفاً فهو من ضمان مالكه، علم بالحجر أو لم يعلم، إذ مع العلم هو المتلف لماله، حيث دفعه لمن ليس من أهل الدفع، وسلطه عليه، ومع عدم العلم هو المفرط، حيث عامل من لم يعرف، واختار ابن عقيل وجوب الضمان على السفيه، لكونه من أهل الضمان، سيما مع عدم العلم بالحجر، (وخرج) بقيد المعاملة شيئان (أحدهما) ما قبضه السفيه بإذن مالكه، لكن من غير أن يسلطه عليه، كما لو أودعه، أو أعاره فأتلف ذلك، أو تلف بتفريطه، كما لو أودعه، أو أعاره فأتلف ذلك، أو تلف بتفريطه، فقال القاضي: يضمن، نظراً إلى أن المالك لم يسلطه على ذلك، بخلاف القرض ونحوه، وقيل: لا يضمن، لأن المالك مفرط، حيث دفع المال لفاقد الأهلية، ولعل منشأ الخلاف هل يصح استحفاظه أم لا؟ لكن مقتضى كلام أبي البركات أن محل الخلاف فيما أتلفه، أما ما تلف بتفريطه فإنه من ضمان مالكه بلا نزاع، لأنه مفرط، حيث دفعه في غير حرز، (الثاني): ما أخذه بغير اختيار صاحبه، وأتلفه، كأن غصب أو جنى، فإن عليه ضمانه، لانتفاء التفريط من المالك، والله أعلم.

قال: وإن أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصاً، أو طلق زوجته لزمه ذلك.

ش: إذا أقر المحجور عليه لسفه بما يوجب حداً، كالزنا، والسرقة، وشرب الخمر، أو قصاصاً كالقتل العمد، أو قطع اليد ونحو ذلك لزمه ذلك، لأنه تصرف في غير مال، والحجر إنما وقع على المال، وقد حكى ابن المنذر الإِجماع على ذلك، وكذلك إذا طلق زوجته صح طلاقه، لكونه غير مال، وبطريق الأولى إذا خالع، وحكم المفلس حكم السفيه، والله أعلم.

قال: وإن أقر بدين لم يلزمه في حال حجره.

ش: لئلا يزول معنى الحجر، وقياساً على الصبي والمجنون، ومقتضى كلام الخرقي رحمه الله وغيره من الأصحاب أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه، لأنه مكلف، وإنما منع من إعمال ما أقر به الحجر، وقد زال، فيلزمه ما أقر به، واختار أبو محمد أنه لا يلزمه مطلقاً، إذ المنع من نفوذ إقراره في حال الحجر عليه حفظ ماله، ودفع الضرر عنه، ونفوذه بعد فك الحجر عليه يلزم منه تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالتيه وحكم ما يوجب الدين ـ كجناية الخطأ والغصب، ونحو ذلك ـ حكم الدين والله سبحانه أعلم.

كتاب الصلح

ش: الصلح يتنوع أنواعاً، صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل وأهل البغي، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما، وصلح بين المتخاصمين في غير مال، أو في المال وهو المراد هنا، والأصل فيه عموم قوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا﴾ [الحجرات: ٩] وقوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨].

٢٠٦٣ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح بين المسلمين جائز، إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»[(١)] رواه الترمذي. وقال: حديث حسن صحيح. وأجمعت الأمة على جواز الصلح في الجملة والله أعلم.

قال: والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يعلمه المدعى عليه، فيصطلحان على بعضه، فإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل.

ش: الصلح على الإنكار جائز في الجملة، لعموم قوله ﷺ: «الصلح بين المسلمين جائز» ولأن الشريعة جاءت بجلب المصالح، ودرء المفاسد، وهذا كذلك، إذ المدعي يأخذ عوض حقه الثابت له في اعتقاده، والمدعى عليه يدفع ما يدفعه لدفع الشر عنه، واليمين، وحضور مجالس الحكام، إلى غير ذلك، ويتفرع على هذا أن الإنسان إذا ادعى حقاً يعتقد ثبوته على إنسان، فأنكره لاعتقاده أنه لا حق عليه، ثم صالحه عنه بعوض، جاز، لما تقدم من أن المدعي يأخذ عوض حقه، والمدعى عليه يدفع ذلك افتداء ليمينه، ودفع الخصومة عنه.

٢٠٦٤ ـ وفي الصحيح أن رجلين اختصما في مواريث درست بينهما، فقال النبي ﷺ: «استهما وتوخيا، وليحلل كل منكما صاحبه»[(٢)] مختصر من حديث طويل ويكون هذا الصلح بيعاً في حق المدعي، لاعتقاده أن الذي يأخذه عوض ماله، حتى أنه إن وجد بما أخذه عيباً فله رده، وإن كان شقصاً تثبت فيه الشفعة وجبت فيه، اللهم إلا أن يكون المأخوذ بعض العين المدعاة، فلا رد له ولا شفعة فيه، لأنه يزعم أنه أخذ بعض حقه وترك بعضاً، ويكون إبراء في حق المدعى عليه، فلا يرد ما صالح عنه

(١) أخرجه الترمذي ١٣١٣، وابن ماجه ٢٣٥٣.

(٢) أخرجه مسلم حديث ٢٤٥٨، ومسلم ١٢/ ٤.

بعيب، ولا يؤخذ منه بشفعة، لاعتقاده أنه لم يزل ملكه عنه، وأن الذي دفعه إنما هو لافتداء اليمين، وقطع الخصومة.

وإن كان المدعى عليه يعلم ما عليه فجحده ثم صالح عنه، فالصلح باطل في حقه، لأنه توصل بإنكاره إلى هضم الحق، وأكل مال الغير بالباطل، وهذا صلح حلل حراماً في الظاهر، وكذلك لو ادعى المدعي شيئاً لا يعتقد أنه له، ثم صالح عنه، فالصلح أيضاً باطل في حقه، لأنه أكل للمال بدعواه الباطلة الكاذبة، والله أعلم.

قال: ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحاً، لأنه هضم للحق.

ش: من اعترف بحق وصالح على بعضه فله حالتان (إحداهما) أن يمتنع من الأداء إلا بالمصالحة، فهذا ليس بصلح صحيح، لما علل به المصنف من أنه هاضم للحق، آكل لمال الغير بامتناعه المحرم. (الحالة الثانية) أن يكون باذلاً، وتقع المصالحة، كأن يقول: صالحني بخمسين عن المائة التي لك عليّ، أو على نصف دارك، ونحو هذا، فهذا فيه روايتان، المشهور منهما وهو مختار القاضي، وابن عقيل وغيرهما، ومقتضى كلام الخرقي ـ أنه لا يصح، لأنه صالح عن بعض ماله ببعض، (والثانية) يصح، لأن معنى الصلح الاتفاق والرضا، وقد حصل هذا من غير هضم للحق، ولا امتناع من أداء الواجب، وحقيقة هذا أن المدعي يرضى بترك بعض حقه وأخذ البعض، فصار كما لو قال: أبرأتك من نصف المائة، فأعطني نصفها، أو وهبتك نصف داري. ونحو هذا، وهذا غير ممنوع منه بالاتفاق، قال أبو البركات: وكذلك يخرج في قوله: أبرأتك من كذا على أن توفيني الباقي.

واعلم أن مقتضى كلام الخرقي رحمه الله أنه لا يسمى الصلح على الإقرار صلحاً، وكذلك ابن أبي موسى، وسماه القاضي وطائفة من أصحابه صلحاً، وصورته الصحيحة عندهم أن يعترف له بعين فيعاوضه عنها، أو يهبه بعضها، أو بدين فيبرئه من بعضه، ونحو ذلك فيصح إن لم يكن بشرط، ولا امتناع من أداء الحق بدونه، قال أبو محمد: والخلاف في التسمية، أما المعنى فمتفق عليه، وهو فعل ما عدا وفاء الحق وإسقاطه، على وجه يصح، والله أعلم.

قال: وإذا تداعى نفسان جداراً معقوداً ببناء كل واحد منهما، تحالفا وكان بينهما.

ش: لاستوائهما في الدعوى بلا مرجح، والله أعلم.

قال: وكذلك إن كان محلولاً من بنائهما.

ش: أي تحالفا وكان بينهما، لما تقدم، وصفة اليمين ـ قال أبو محمد ـ: أن يحلف كل واحد منهما ـ على نصف الحائط ـ أنه لو ولو حلف كل واحد منهما على جميع الحائط أنه له دون صاحبه جاز، وكان بينهما، قلت: والذي ينبغي أن تجب

اليمين على حسب الجواب والله أعلم.

قال: وإن كان معقوداً ببناء أحدهما كان له مع يمينه.

ش: لأنه ترجح بالعقد ببنائه دون صاحبه، واليمين في جنبة أقوى المتداعيين، لكن شرط هذا العقد أن لا يمكن إحداثه عادة، عند القاضي وأبي البركات، وظاهر كلام الخرقي الإِطلاق، والله أعلم.

كتاب الحوالة والضمان

ش: الحوالة مشتقة من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة، ولها شبه بالمعاوضة، من حيث إنها دين، وشبه بالاستيفاء، من حيث إنه يبرأ بها المحيل، ولترددها بين ذلك ألحقها بعض الأصحاب بالمعاوضة، وبعضهم بالاستيفاء، واختار أبو محمد أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه، ليس بمحمول على غيره، إذ لو كانت بيعاً للزم بيع الدين بالدين، ولما جاز التفرق قبل القبض، لأنه بيع مال الربا بجنسه، ولجازت بين جنسين كالبيع، قال: وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله (والضمان) يأتي إن شاء الله تعالى بيانه، والألف واللام فيه للجنس، فيشمل ضمان المال، وضمان النفس، والأصل في جواز الحوالة في الجملة الإجماع.

٢٠٦٥ ـ وسنده ما في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع»[١].

قال: ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضي، فقد برىء المحيل أبداً.

ش: من أحيل بحقه من عليه مثل ذلك الحق فرضي بالحوالة، برىء المحيل، سواء أمكن استيفاء الحق، أو تعذر لمطل أو فلس، أو غير ذلك، أما مع استيفاء الحق فواضح، إذ وضع الحوالة انتقال الحق من ذمة المحيل، إلى ذمة المحال عليه، وإذاً يبرأ المحيل، وأما مع تعذره فلأنه مفرط، حيث لم يشترط اليسار.

٢٠٦٦ ـ ويروى أن حزناً جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين، فأحاله به، فمات المحال به عليه، فأخبره فقال: اخترت علينا أبعدك الله. فأبعده بمجرد احتياله، ولم يخبره أن له الرجوع، وهذا هو المشهور في المذهب، وبه قطع أبو البركات وغيره، قال أبو محمد: وعن أحمد ما يدل على أن المحال عليه إذا كان مفلساً، ولم يعلم المحتال بذلك، فله الرجوع، قال: وبه قال جماعة من أصحابنا، إذ الفلس عيب في المحال عليه، فكان له الرجوع، كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة.

ويستثنى من كلام الخرقي إذا شرط المحتال ملاءة المحال عليه، فإنه إذا بان معسراً يرجع على المحيل، بلا خلاف، لأنه لا تلزمه الحوالة على غير مليء لمفهوم

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٢٨٧، ومسلم ١٠/ ٢٢٧.

الحديث، ومن هنا يتبين لك أن الرضى مسقط لرجوع المحتال على المحيل، لا أنه شرط لصحة الحوالة، إذ الحوالة تصح بدونه، لكن لصحتها شروط (أحدها): رضى المحيل اتفاقاً، (الثاني): تماثل الحقين، وقد أشار الخرقي إلى ذلك، والتماثل في الجنس، كدراهم بدراهم، وفي الصفة، كناصرية بناصرية، وفي الحلول أو التأجيل، كحال بحال، ومأجل بمؤجل، بشرط اتفاق الأجلين فإن أحاله بناصرية على دمشقية أو بالعكس، لم يصح عند أبي محمد، وكذلك عند من ألحقها بالمعاوضة، إذ اشترط التفاوت فيهما ممتنع كالقرض، وأما من ألحقها بالاستيفاء فقال: إن كان تفاوتاً يجبر على أخذه عند بذله كالجيد عن الرديء ـ صحت وإلا فلا، (الشرط الثالث) أن يكون بمال معلوم كالمثليات بما لا يصح السلم فيه كالجوهر ونحوه، وفيما يصح السلم فيه غير المثلي كالمذروع والمعدود ـ وجهان، وفي الحوالة بإبل الصدقة على من عليه مثلها وجهان، وإن أحال بإبل الدية على إبل القرض صح إن قيل برد المثل في القرض، وإن قيل برد القيمة لم يصح، لاختلاف الجنس، وفي العكس كأن أحال المقرض بإبل الدية ـ لا يصح مطلقاً، لأنا وإن قلنا يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفته، وقيمته ومن عليه الدية لا يلزمه ذلك (الرابع) الديون على أربعة أقسام، دين سلم، ودين كتابة، وما عداهما وهو قسمان، مستقر، وغير مستقر، كثمن المبيع في مدة الخيار، ونحو ذلك، فلا تصح الحوالة بدين السلم، ولا عليه، وهل يجري هذا الحكم على رأس ماله بعد الفسخ؟ فيه وجهان، وتصح بدين الكتابة ـ الصحيح دون عليه، ويصحان في سائر الديون، مستقرها وغير مستقرها، وقيل: لا تصح على غير مستقر بحال، وإليه ذهب أبو محمد، وجماعة من الأصحاب، وقيل: ولا بما ليس بمستقر، وهو اختيار القاضي في المجرد، وتبعه أبو الخطاب والسامري، والله أعلم.

قال: ومن أحيل بحقه على مليء فواجب عليه أن يحتال.

ش: نص أحمد رحمه الله على ذلك، اتباعاً لظاهر الأمر في الحديث، وفسر المليء في رواية إسماعيل العجلي بأن يكون بماله، وقوله، وبدنه، قلت: فالمال أن يقدر على الوفاء، والقول أن لا يكون مماطلاً، والبدن أن يمكن حضوره إلى مجلس الحكم، هذا الذي يظهر لي في التفسير، فإن امتنع من القبول أجبر على ذلك، لكن هل تبرأ ذمة محيلة قبل أن يجبره الحاكم؟ فيه روايتان، (إحداهما) نعم، فلو هلك المحال عليه معسراً فلا شيء له، وهي التي صححها القاضي يعقوب. (والثانية): لا، لكن تنقطع المطالبة بمجرد الحوالة، ويصير بمثابة من بذل ما عليه من دين، فامتنع صاحبه من القبض، فإن الحاكم يجبره على القبض، ولا تبرأ ذمة الغريم قبل ذلك.

وفهم من كلام الخرقي رحمه الله أنه لا يعتبر رضى المحتال، ولا المحال عليه، وهو الصحيح، أما المحتال فللحديث، وأما المحال عليه فلأن للإنسان أن يستوفي حقه

بنفسه وبوكيله، والمحتال قد أقامه المحيل مقام الوكيل، والله أعلم.

قال: ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه، أو قال: ما أعطيته فهو علي فقد لزمه ما صح أنه أعطاه.

ش: الضمان مشتق عند أبي محمد من الضم، فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، ورد بأن لام الكلمة في الضم ميم، وفي الضمان نون، وشرط صحة الاشتقاق وجود حروف الأصل في الفرع، ويجاب بأنه من الاشتقاق الأكبر، وهو المشاركة في أكثر الأصول، مع ملاحظة المعنى، وعند القاضي من التضمن فذمة الضامن تتضمن الحق، وعند ابن عقيل: من الضمن، فذمة الضامن في ضمن ذمة المضمون عنه، والخلاف في الاشتقاق، أما المعنى فواحد، وعرفه أبو البركات بأنه التزام الإنسان في ذمته دين المديون، مع بقائه عليه، وليس بمانع، لدخول كل من لم يصح تبرعه، ولا جامع، لخروج ضمان ما لم يجب، والأعيان المضمونة، ودين الميت إن برىء بمجرد الضمان عنه، على رواية.

وهو جائز في الجملة بالإجماع، وسنده قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢].

٢٠٦٧ ـ قال ابن عباس: الزعيم الكفيل.

٢٠٦٨ ـ وقول النبي ﷺ: «الزعيم غارم»[(١)] إلى غير ذلك من الأحاديث. إذا تقرر هذا عدنا إلى لفظ الخرقي رحمه الله، فقوله: ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه فقد لزمه. أي لزم الضامن ذلك الحق، وذلك لما تقدم من قول النبي ﷺ: «الزعيم غارم» رواه أبو داود، والترمذي وحسنه. وقوة كلام الخرقي تقتضي أنه لا بد من رضى الضامن، وهو واضح، إذ الإنسان لا يلزمه عقد لم يلتزمه، لكن لا بد مع رضاه من أن يصح تبرعه، ومقتضى كلامه أنه لا يعتبر رضى المضمون له، ولا رضى المضمون عنه، ولا معرفتهما، لحديث أبي قتادة، وقال القاضي: تعتبر معرفتهما. وقيل: تعتبر معرفة المضمون له، دون المضمون عنه وقوله أو قال: ما أعطيته فهو علي. فهذه مسألة ضمان المجهول، وضمان ما لم يجب، ومذهبنا الصحة فيهما، فما ثبت أنه أعطاه ـ ولو في المستقبل ـ فإنه يلزمه، للآية الكريمة، إذ حمل البعير مجهول، وغير واجب حينئذ.

وقول الخرقي: ما أعطيته. قال أبو محمد: مراده الاستقبال، دفعاً للتكرار، ولأنه عطفه على الأول، فدل على أنه غيره، إذ العطف يقتضي المغايرة، واحتمل أن مراده الماضي، ويكون فائدة المسألة بيان صحة ضمان المجهول، وقد حكى الأصحاب في نحو هذا اللفظ، هل هو للماضي أو للمستقبل وجهين، ذكرهما ابن أبي موسى،

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٦٥، وأحمد ٥/ ٢٦٧.

وكذلك النحاة قالوا: الفعل الماضي الواقع صلة لموصول، أو لنكرة موصوفة، يحتمل أن يحمل على الماضي، كما في قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ قَالَ لَهُمُ ٱلنَّاسُ﴾ [آل عمران: ١٧٣] ويحتمل أن يحمل على المستقبل، كما في قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [البقرة: ١٦٠] أي يتوبوا، ويرجح الأول إعمال الحقيقة والله أعلم.

قال: ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن.

ش: لا يبرأ المضمون عنه بنفس الضمان، بل يثبت الحق في ذمة الضامن، مع بقائه في ذمة المضمون عنه، لقول النبي ﷺ: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»(١).

٢٠٦٩ ـ وفي المسند(٢) عن جابر رضي الله عنه قال: توفي صاحب لنا، فأتينا به النبي ﷺ ليصلي عليه، فخطا خطوة ثم قال: «أعليه دين»؟ قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال: الديناران عليَّ، فقال رسول الله ﷺ: «وجب حق الغريم، وبرىء الميت منهما؟» قال: نعم. فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك: «ما فعل الديناران»؟ قال: إنما مات أمس. قال: فعاد إليه من الغد، فقال: قد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: «الآن بردت جلدته». فأخبر ﷺ أنه حينئذ أي حين القضاء بردت جلدته.

وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن المضمون عنه إذا كان ميتاً برىء بمجرد الضمان عنه، استدلالاً بقوله ﷺ في حديث جابر: «وبرىء الميت منهما» ويجاب عنه بأنه هذا ليس إخباراً منه ببراءته، وإنما هو استفهام من أبي قتادة، في أنه هل ضمن متبرعاً لا ليرجع، ولهذا أجابه بنعم.

(تنبيه): حكى أبو الخطاب وأبو محمد وغيرهما هذه الرواية في الميت مطلقاً، وخصها أبو البركات بالميت المفلس والله أعلم.

قال: فمتى أدى رجع به عليه، سواء قال له: اضمن عني أو لم يقل.

ش: إذا أدى الضامن الدين لم يخل من أحوال، (الأول) ضمن بإذنه وأدى بإذنه، (والثاني) ضمن بإذنه وأدى بغير إذنه (الثالث) بالعكس، ولا خلاف عندنا أنه يرجع في هذه الصور الثلاث، (الرابع) ضمن وقضى بغير إذنه، لكن نوى الرجوع فعنه لا يرجع، لأن أبا قتادة لو استحق الرجوع لصار له دين على الميت، وإذاً لم يصل النبي ﷺ عليه، لعدم فائدة الضمان إذاً، إذ ذمة الميت لم تزل مشغولة بدين، (وعنه) وهي اختيار الخرقي، والقاضي، وأبي الخطابي، والشريف، وابن عقيل، والشيرازي وابن البنا، وغيرهم ـ يرجع، لأنه قضاء مبرىء من واجب عليه، فكان من ضمان من هو عليه، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه، وقوله تعالى: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٠٤٨.
(٢) المسند ٣/ ٣٣٠.

أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وهو شامل لما إذا أرضعت بأمره أو بلا أمره، وأما حديث أبي قتادة فإنما قضى متبرعاً، لعلمه أنه لا وفاء له، وقصده أن النبي ﷺ يصلي عليه، بل قد يقال: في حديث أبي قتادة دليل على أن غير المتبرع يرجع، لقوله ﷺ له: «وجب حق الغريم» أي عليك «وبرىء الميت منهما» (الحال الخامس) إذا ذهل عن قصد الرجوع وعدمه، وظاهر كلام الخرقي ـ وتبعه صاحب الوجيز ـ أنه يرجع، وإذاً المقتضي للرجوع هو تأدية الواجب عن الغير والمسقط له هو قصد التبرع وقد عرفت من هذا (حالاً سادساً) وهو إذا نوى التبرع، فلا يرجع بلا ريب، وهذه الصور تستثنى من عموم كلام الخرقي، والله أعلم.

قال: ومن تكفل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها.

ش: الكفالة بالنفس صحيحة، في قول الجمهور، حتى قيل: إنه إجماع، لقول الله تعالى ـ حكاية عن يعقوب عليه السلام: ﴿لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾ [يوسف: ٦٦] وفيه نظر، إذ الظاهر أن المراد بالموثق اليمين، ولأن النفس يجب تسليمها بعقد، فوجب تسليمها بالكافلة كالمال، فعلى هذا إن لم يسلم النفس مع بقائها لزمه ما عليها، لعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم» وقياساً على الكفالة بالمال.

ومقتضى كلام الخرقي رحمه الله أنه لا بد من رضى الكفيل، وهو واضح، وأنه لا يشترط لصحتها رضى المكفول له، وهو أحد الوجهين ككفالة المال، والوجه الآخر يشترط، لئلا يفوت معنى الكفالة، إذ معناها حضور المكفول به، وإذا كان بلا إذنه لم يلزمه الحضور.

وشرط صحة الكفالة بالنفس أن تكون بالمال، فلا تصح الكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص، وتخصيص الخرقي الكفالة بالنفس يخرج منه الكفالة بالعين وهو واضح في غير المضمونة، وفي المضمونة وجهان، والله أعلم.

قال: فإن مات برىء المتكفل.

ش: إذا مات المكفول به برىء المتكفل، لأن الكفالة على الحضور، وبموت المكفول به يسقط عنه الحضور، وإذا سقط عنه الحضور سقط عن فرعه وهو الكفيل، والله سبحانه أعلم.

كتاب الشركة

الشركة بوزن نعمة، وبوزن سرقة، وحكى بعضهم شركة بوزن ثمرة، وهي: الاجتماع في استحقاق أو تصرف.، وهي جائزة بالإجماع، وسند ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [ص: ٢٤] أي من الشركاء.

٢٠٧٠ ـ وقول النبي ﷺ: «يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا»[(١)] والشركة على ضربين، شركة ملك، وشركة عقود، وهذا المقصود هنا.

قال: وشركة الأبدان جائزة.

ش: نص أحمد على ذلك.

٢٠٧١ ـ مستدلاً بأن النبي ﷺ أشرك بين عمار وسعد وابن مسعود، فجاء سعد بأسيرين، ولم يجيئا بشيء[(٢)]، ومعنى شركة الأبدان أو يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما، وكلام الخرقي يشمل الاشتراك في المباح، كالاشتراك في الاصطياد، والمعادن ونحو ذلك، وكلام أحمد واستدلاله نص فيه، وإطلاق الخرقي يشمل ما لو اختلفت الصنائع، وهو أحد الوجهين، واختيار القاضي، لأن من لزمه عمل شيء لا يعرفه أمكنه القيام به، بأن يستأجر عليه من يفعله، ونحو ذلك (والثاني) ـ وهو اختيار أبي الخطاب لا يصح، لئلا يلزم الشخص ما لا قدرة له على فعله، والله أعلم.

قال: وإن اشترك بدنان بمال أحدهما، أو بدنان بمال غيرهما، أو بدن ومال، أو مالان وبدن صاحب أحدهما، أو بدنان بماليهما، تساوى المال أو اختلف، فكل ذلك جائز.

ش: أنواع الشركة الصحيحة أربعة (أحدها) شركة الأبدان وقد تقدمت، (الثاني): شركة العنان، وهي المذكورة في قوله: أو بدنان بماليهما. أي يشترك رجلان بماليهما، ليعملا فيه بأبدانهما، وهي جائزة بالإجماع، حكاه ابن المنذر. ومأخوذة قيل: من تساوي عناني الفرسين في السير. لأن كلا من الشريكين مساو لصاحبه في المال والتصرف، وقيل: بل من «عن» إذا عرض، فكل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه، وقيل: من عانه إذا عارضه. فكل واحد منهما عارض الآخر بمثل ماله

---

(١) أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٥.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٣٨٨، والنسائي ٧/ ٣١٩، وابن ماجه حديث ٢٢٨٨.

وعمله، (الثالث): شركة المضاربة، وهي المذكورة في قوله: أن يشترك بدنان بمال أحدهما، أو بدن ومال. والأصل فيها أن يكون من أحدهما المال، ومن الآخر العمل فيه.

٢٠٧٢ ـ والأصل في جوازها ما روى مالك[1] عن زيد بن أسلم عن أبيه، أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرجا في جيش إلى العراق، فتسلفا من أبي موسى مالاً وابتاعا به متاعاً، وقدما به إلى المدينة فباعاه وربحا فيه، فأراد عمر رأس المال والربح كله، فقالا: لو تلف كان ضمانه علينا، فلم لا يكون ربحه لنا. فقال رجل: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً؟ قال: قد جعلته. وأخذ منهما نصف الربح، وهذا دليل على جواز القراض.

٢٠٧٣ ـ وقد روي جوازه أيضاً عن عثمان، وعلي، وابن مسعود، وحكيم بن حزام، ولا يعرف لهم مخالف في الصحابة فكان إجماعاً، مع أن ابن المنذر قد حكى ذلك إجماعاً، وحكمة الشرع تقتضي جوازها. إذ الدراهم والدنانير لا تنمي إلا بالتجارة، وقد يملكها من لا يحسن التجارة، ويحسن التجارة من لا يملكها، فالحكمة تقتضي جوازها من الجانبين، وهي مأخوذة قيل من الضرب في الأرض، وهو السفر فيها غالباً للتجارة، قال سبحانه: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠] وقيل: بل من ضرب كل واحد منهما في الربح وتسمى قراضاً، قيل: من القطع، يقال: قرض الفأر الثوب. إذا قطعه، فصاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها للعامل، واقتطع له قطعة من الربح. وقيل: بل من المساواة والموازنة، يقال: تقارض الشاعران، إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره، وهنا من العامل العمل، ومن الآخر المال فتوازنا. انتهى.

وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما فهذه مضاربة يشترط فيها عمل رب المال، والذي ذكره الخرقي وهو منصوص أحمد في رواية أبي الحارث ـ الجواز لأن من لا مال له يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره، وهذا هو حقيقة المضاربة، وذهب ابن حامد، وتلميذه، وتلميذ تلميذه القاضي، وأبو الخطاب، وطائفة إلى أن هذا لا يصح، إذ وضع المضاربة تسليم المال إلى المضارب، ومع اشتراط عمله لا تسليم وعلى هذا في اشتراط عمل غلامه وجهان، (المنع) وهو قول القاضي، إذ يد الغلام كيد السيد (والجواز) إذ هو مال فصح كما لو ضم إليه بهيمة يحمل عليها ونحو ذلك.

«الرابع»: شركة الوجوه، وهي أن يشترك اثنان على أن يشتريا بجاههما ديناً، وهي جائزة، إذ معناها وكالة كل واحد منهما صاحبه في الشراء والبيع، والكفالة بالثمن، وكل ذلك صحيح، ولأنها مشتملة على مصلحة من غير مضرة، وأخذها أبو

(١) الموطأ ٢/ ١٧٣.

محمد من قول الخرقي: أو بدنان بمال غيرهما، كيلا يخل بنوع من أنواع الشركة وقال القاضي: مراد الخرقي بهذا أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة، فيكون المضاربان شريكين في ربح بمال غيرهما لأنهما إذا أخذا المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما وهذا الذي قال القاضي هو ظاهر اللفظ، وعلى هذا يكون هذا نوعاً من أنواع المضاربة ويكون قد ذكر للمضاربة ثلاث صور، ويبقي من كلام الخرقي قوله: أو مالان وبدن صاحب أحدهما، وهذا يجمع شركة ومضاربة، فمن حيث إن من كل واحد منهما المال، يشبه شركة العنان، ومن حيث إن أحدهما يعمل في مال صاحبه بجزء من الربح هو مضاربة، ونبه الخرقي رحمه الله بهذا على أنه كما يجوز كل واحد من أنواع الشركة الى انفراده، كذلك يجوز اجتماع الجميع والله أعلم.

قال: والربح على ما اصطلحا عليه.

ش: يعني فيما تقدم من أنواع الشركة، أما في المضاربة فإجماع حكاه ابن المنذر، وأما في شركة العنان فاعتماداً على الشرط، ولأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر فيجوز اشتراط زيادة في الربح في مقابلة عمله، كاشتراط الربح في مقابلة عمل المضارب، وكذلك شركة الأبدان لأنهما قد يتفاضلان في العمل، وأما شركة الوجوه فإن قلنا: هي داخلة في كلام الخرقي، اقتضى كلامه أن يكون حكمها كذلك وهذا الذي قطع به أبو البركات.

وقال أبو محمد: إنه قياس المذهب، لأنها شركة فيها عمل، فجاز ما اتفقا عليه كسائر الشركات، وقال القاضي: الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى لأن الربح يستحق بالضمان، لوقوع الشركة عليه خاصة، والضمان لا تفاضل فيه.

وأما ما جمع شركة ومضاربة ـ كأن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما، مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ليعمل أحدهما فيهما ـ فلا بد وأن يشترط للعامل أكثر من ربح ماله، كأن يشترط له الثلثان، أو النصف والربع، ونحو ذلك في مسألتنا، ليكون الزائد على ربح ماله مقابلاً لعمله في نصيب صاحبه، ولو جعل للعامل في صورتنا دون النصف لم يصح، لأن الربح: استحقاقه إما بمال أو بعمل، وهذا الجزء الزائد على النصف الذي شرط لغير العامل ليس في مقابلة مال، ولا عمل، ولو جعلا الربح والحال هذه بينهما نصفين فلا شركة ولا مضاربة، إذ شركة العنان وضعها الشركة في المال والعمل، وقد فات العمل من أحدهما، والمضاربة وضعها جعل جزء من الربح في مقابلة عمل العامل، وقد فات الجعل، ويكون هذا إبضاعاً وهو جائز إن لم يكن عوضاً عن قرض، كأن كان العامل اقترض الألف، وجعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه، فإن ذلك غير جائز، هذا كله إذا اصطلحا على ذكر شيء، فأما إن لم يصطلحا على شيء فإن في المضاربة يكون الربح لمالك المال، وللعامل أجرة المثل، وفي العنان يكون الربح على قدر المالين، وفي شركة الوجوه على قدر ملكي

المشتري، وفي شركة الأبدان يقسم أجرة ما تقبلاه بالسوية، وهل يرجع كل واحد على الآخر بأجرة عمله؟ فيه وجهان، والله أعلم.

قال: والوضيعة على قدر المال.

ش: الوضيعة تختص المال وتتقدر به، بلا خلاف نعلمه، ففي شركة العنان على قدر المالين، وفي شركة الوجوه على قدر ملكي المشتري، وفي المضاربة تختص المال لا تتعداه إلى العامل، والله أعلم.

قال: ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم.

ش: أو يجعل نصيبه كله من الربح دراهم كأن يشترط له ثلث الربح مثلاً وعشرة دراهم، أو يشترط له مائة درهم، من غير جزء من الربح، وفي كليهما يفسد العقد، وقد حكاه ابن المنذر في القراض إجماعاً، والمعنى في ذلك احتمال أن لا يربح غيرها، فيحصل على جميع الربح، وفي ذلك ضرر وغرر بالآخر، والشريعة تأباه، والله أعلم.

قال: والمضاربة إذا باع بنسيئة بغير أمر ضمن في إحدى الروايتين والأخرى: لا يضمن.

ش: إذا أذن للمضارب أو لغيره من الشركاء أن يبيع نسيئة أو أمر بذلك أو نهى عنه اعتمد الإذن، ومتى خالف ضمن، وإن أطلق له جاز أن يبيع بالحال، وهل يجوز أن يبيع بالنسيئة؟ فيه روايتان، (الجواز)، واختاره ابن عقيل، إذ ذلك عادة التجار فكان مأذوناً له عرفاً، (والمنع) إذ التصرف المأذون فيه ما كان على وجه الحظ، ومع النسيئة لاحظ، لما في ذلك من التغرير بالمال، فكأنه منهي عنه عرفاً، فعلى الأول: لا ضمان عليه ما لم يفرط ببيع من لم يوثق به، أو من لم يعرفه، وعلى الثاني: يلزمه ضمان الثمن. «قلت»: وينبغي أن يكون حالاً، والبيع صحيح على مقتضى كلام الخرقي، وجعله أبو محمد من تصرف الفضولي، فيبطل على الصحيح، والله أعلم.

قال: وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر، إذا كان فيه ضرر على الأول، فإن فعل وربح رده في شركة الأول.

ش: إذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول، كأن يكون المال الثاني كثيراً، يشغله عن العمل في الأول أو الأول كثير، متى اشتغل بغيره تعطل العمل في بعضه، إذ وضع المضاربة على الحظ والنماء، ومع وجود الضرر لاحظ ولا نماء، فإن خالف وفعل رد ما ربح في المضاربة الثانية في شركة الأول، لأن الأول والحال هذه يستحق منافعه، فيستحق ما حصل في مقابلتها، وخرج من كلام الخرقي إذا لم يكن على الأول ضرر بالمضاربة، لقلة المال ونحو ذلك، فإن للمضارب المضاربة لآخر، إذ منافعه لم تملك عليه، إنما الذي ملك عليه فعل ما فيه حظ

ونحون، والله أعلم.

قال: وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال.

ش: وضع المضاربة أن ينض مال المضاربة، ثم يقسم الربح، والله أعلم.

قال: وإذا اشترى سلعتين فربح في إحداهما وخسر في الأخرى، جبرت الوضيعة من الربح.

ش: لأن رأس المال واحد، فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يستوفي رأس المال، كالتي قبلها، والله أعلم.

قال: وإذا تبين للمضارب أن في يده فضلاً، لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال.

ش: لأن الربح وقاية لرأس المال، فربما خسر بعد، فتبين أن لا ربح، ولأن رب المال شريكه في الربح، فلا يقاسم نفسه إلا بإذنه، وخرج إذا أذن رب المال لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما، نعم: متى خسر المال ـ والحال هذه ـ لزم العامل رد أقل الأمرين مما أخذه، أو نصف الخسران، إذا قسما الربح نصفين.

وقوة كلام الخرقي يقتضي أن العامل يملك الربح بنفس الظهور، وهو إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله والمنصوبة في المغني للخلاف، اعتماداً على الشرط، إذ هو صحيح، فوجب العمل بمقتضاه. «والرواية الأخرى» لا يملكه إلا بالقسمة، إذ لو ملكه بالظهور لكان ربحه له، وكان شريكاً لرب المال به، وكل ذلك ممتنع، والله أعلم.

قال: وإذا اتفق رب المال والمضارب على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما، كان الربح بينهما والوضيعة على المال.

ش: لا إشكال في صحة شرط الربح، ولا في بطلان اشتراط الوضيعة أو بعضها على المضارب، لمنافاة هذا الشرط لمقتضى المضاربة، ومقتضى كلام الخرقي أن العقد لا يفسد بهذا الشرط، وهو منصوص أحمد والمذهب، لعدم تأثيره في جهالة الربح، وعنه يفسد العقد، لأنه شرط فاسد، أشبه اشتراط فضل دراهم، والله أعلم.

قال: ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي عليك.

ش: حكى ابن المنذر هذا إجماعاً عمن يحفظ عنه من أهل العلم، لأن المال ما دام في يد المدين لا يصير للغريم إلا بقبضه، ولم يوجد القبض هنا، وخرج أبو البركات الصحة من صحة المضاربة بالعروض، لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة، ودفع الدين، فقد وقع الشراء والدفع بإذن الغريم فيصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال: ضارب به، والله أعلم.

قال: وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول: ضارب بها.

ش: لأن الوديعة ملك لصاحبها، فجازت المضاربة عليها، كما لو كانت حاضرة، ومراد الخرقي رحمه الله بهذه الوديعة الدراهم والدنانير، إذ غرضه بهذه المسألة بيان أن الوديعة يجوز دفعها لمن هي في يده مضاربة، وقد يقال: إن إطلاقه يشمل ما إذا كانت غير الدراهم والدنانير، فيكون من مذهبه جواز المضاربة على العروض، كالرواية المرجوحة، مع أن المسألة السابقة قد تأتي ذلك. والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الوكالة

الوكالة بفتح الواو وكسرها التفويض، وفي الاصطلاح: التفويض في شيء خاص في الحياة، وهي جائزة بالإجماع، وسنده قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٦٠] ولهذا كان النبي ﷺ يبعث السعاة لقبض الصدقات، وقوله تعالى: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ [الكهف: ١٩].

٢٠٧٤ ـ وأيضاً توكيل النبي ﷺ عروة بن الجعد في شراء الشاة[١].

٢٠٧٥ ـ وتوكيل أبي رافع في تزويج ميمونة[٢].

٢٠٧٦ ـ وعمرو بن أمية الضمري في تزويج أم حبيبة.

قال: ويجوز التوكيل في الشراء والبيع، ومطالبة الحقوق، والعتق، والطلاق، حاضراً كان الموكل أو غائباً.

ش: يجوز التوكيل في الشراء، لما تقدم من الآية والخبر، ولذلك قدمه الخرقي، وفي البيع، لأنه في معناه، وكذلك ما في معناهما من الإجارة، والصلح، والرهن، والجعالة، والمساقاة، والنكاح، ونحو ذلك من عقود المعاوضات، ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق.

٢٠٧٧ ـ لأن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وقال: ما قضي له فلي، وما قضي عليه فعلي.

٢٠٧٨ ـ ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان، وقال: إن للخصومة قحماً، وإن الشيطان ليحضرها، وإني لأكره أن أحضرها. قال أبو زياد: القحم المهالك. ومثل هذا يشتهر، ولم ينقل إنكاره فكان إجماعاً، ويجوز التوكيل في العتق، والطلاق، لأن الحاجة قد تدعو إليهما، أشبهاً ما تقدم، ولأنه إذا جاز التوكيل في الإنشاء جاز في الإزالة بطريق الأولى، وفي معناهما الوقف، والهبة، والخلع، ونحو ذلك مما يزيل ملك المال، أو ملك البضع، وسواء في جميع ذلك حضور الموكل وغيبته، لعموم الأدلة، وإنما ذكر المصنف ذلك تنبيهاً على مخالفة الإمام أبي حنيفة رحمه الله، إذ

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٩٥٨.
(٢) أخرجه أحمد ٦/ ٣٩٢.

عنده أن للخصم الامتناع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً، والله أعلم.

قال: وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك إليه.

ش: لا يجوز للوكيل التوكيل إلا بإذن، على المشهور من الروايتين، واختاره الخرقي، وأبو محمد، وغيرهما، إذ إذن الموكل إنما يتناول تصرف الوكيل بنفسه، فلا يتعداه إلى غيره، كما لو نهاه، فإنه ليس له التوكيل اتفاقاً، وعنه: له ذلك، لأن له أن يتصرف بنفسه، فله أن يفوض ذلك إلى نائبه كالمالك، أما إن جعل التوكيل إليه ـ إما بنص، ولفظ عام، بأن قال له: اصنع ما شئت. أو قرينة حالية كأن يكون الوكيل لا يتولى مثله ذلك، لدناءة الموكل فيه، وشرف الوكيل، ونحو ذلك، أو يعجز عنه لكثرته ـ فإنه يجوز، اعتماداً على الإِذن اللفظي أو العرفي، نعم هل يجوز التوكيل فيما يعجز عنه في الجميع، أو في القدر الذي يعجز عنه فقط؟ فيه وجهان، وحيث جوز له التوكيل فإنه يتقيد بأمين، لأن ذلك هو الحظ دون غيره، والله أعلم.

قال: وإذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن، من غير تعد منه، فلا ضمان عليه، فإن اتهم حلف.

ش: الوكيل في البيع وكيل فيه وفيما ينشأ عنه، وهو حفظ الثمن، فإذا باع وقبض الثمن، ثم ادعى تلف الثمن، والحال أنه من غير تعد منه، فالقول قوله، لأنه أمين، والقول قول الأمين والحكمة في ذلك أنه لو كلف إقامة البينة على ذلك لتعذر عليه أو شق، فيمتنع الناس من الدخول في الأمانة مع الحاجة إليه، فيحصل الضرر، ولهذا قلنا: إذا ادعى التلف بأمر ظاهر ـ كحريق عام، ونهب جيش، ونحو ذلك مما تسهل إقامة البينة عليه، كلف إقامة البينة على وجود ذلك، ثم القول قوله في التلف، ويتفرع على أن القول قوله أنه لا ضمان عليه، أما لو ثبت تعديه ببينة أو إقرار فإن الضمان عليه، لزوال أمانته، فهو كالغاصب، ومتى قلنا: القول قوله. فأنكره الموكل فإنه يحلف، لأن ما ادعاه عليه محتمل، والله أعلم.

قال: ولو وكله أن يدفع إلى رجل مالاً، فادعى أنه دفعه إليه، لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة.

ش: إذا وكل وكيلاً أن يدفع إلى رجل مالاً، فادعى أنه دفعه إليه، وأنكره من أمر بدفعه إليه، فإن قول الوكيل لا يقبل على الآمر، ويلزمه الضمان على المذهب، لأنه مفرط، حيث لم يشهد على الدفع، أشبه ما لو أمره بذلك فخالف، (وعنه): يقبل قول الوكيل على الآمر، فلا ضمان عليه، حملاً للتفريط على المالك، لأنه لم يحتط لنفسه، حيث لم ينص له على الإِشهاد، ولهذا قلنا ـ على الصحيح ـ: أنه لو دفع المال بحضرته لم يضمن، لأن حضوره قرينة رضاه بالدفع بغير بينة، وقيل: لا ينتفي الضمان. اعتماداً على أن الساكت لا ينسب له قول، (هذا كله) إذا لم يكن بينة، أما

مع البينة فإن قوله يقبل على الآمر، وينتفي عنه الضمان، لعدم تفريطه، ولا فرق بين أن تكون البينة قائمة، أو غائبة، أو ميتة، إذا كانت على حال لو وجدت قبلت، نعم لو كانت ممن اختلف في ثبوت الحق بشهادتها ـ كشاهد واحد، أو رجل وامرأتين ـ فهل يبرأ من الضمان؟ قال أبو محمد: يخرج على روايتين.

وقول الخرقي: ولو وكله أن يدفع إلى رجل مالاً. يشمل الدفع على أي صفة كان، فدخل في كلامه ما لو أمره بالإيداع، والأصحاب على أنه في الإِيداع لا يلزمه الإِيداع إذا لم يشهد، لعدم الفائدة في الإِشهاد، إذ القول قول المودع في الرد والتلف، ويرد بأن فيه فائدة، وهو ثبوت الوديعة، فلو مات أخذت من تركته.

وقول الخرقي: لم يقبل قوله على الآمر. دل بطريق التنبيه أنه لا يقبل قوله على من أمر بالدفع إليه، لأنه إذا لم يقبل قوله على من ائتمنه،فعلى من لم يأتمنه أولى، ومقتضى كلام الخرقي أن الآمر أنكر الوكيل، وعلى هذا لو صدق الآمر الوكيل في الدفع فلا ضمان عليه، وصرح القاضي وغيره من الأصحاب أنه لا فرق في تضمين الوكيل بين تصديق الآمر له أو تكذيبه، لأن مناط الضمان كونه فرط، حيث لم يشهد، والله أعلم.

قال: وشراء الوكيل من نفسه غير جائز.

ش: هذا هو المشهور من الروايات، اختارها الخرقي، والشريف، وأبو الخطاب، وابن عقيل، وغير واحد، للتهمة، إذ الإِنسان طبع على طلب الحظ لنفسه، ومقتضى الوكالة طلب الحظ للموكل، فيتنافى الغرضان، أو أن مقتضى الإِذن في البيع أن يبيع من غيره، لا من نفسه، فكأنه قال: بع هذا ولا تبع من نفسك. (والرواية الثانية): يجوز، بشرط أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء، لانتفاء التهمة غالباً، ويلزم على هذه الرواية أن يقول بجواز التوكيل للوكيل، إما مطلقاً، وإما مع وجود قرينة تدل على ذلك (والرواية الثالثة): يجوز، بشرط أن يوكل من يبيع، ويكون هو أحد المشتريين، معللاً بأنه لا يأخذ بإحدى يديه من الأخرى (والرواية الرابعة): يجوز أن يشارك فيه، لا أن يشتريه كله، لانتفاء التهمة أو ضعفها إذاً، وعلى الروايات كلها إذا أذن له في الشراء من نفسه جاز له الشراء بلا نزاع، نعم على مقتضى تعليل أحمد ـ في الرواية الثالثة ـ لا يجوز؛ لأنه يأخذ بإحدى يديه من الأخرى، والله أعلم.

قال: وكذلك الوصي.

ش: حكم الوصي حكم الوكيل، لا يجوز له الشراء من مال موليه إلا حيث يجوز للوكيل، لاستوائهما معنى، فاستويا حكماً، إذ كل منهما متصرف على الغير، والله أعلم.

قال: وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز، وكذلك شراؤه له من نفسه.

ش: يجوز للأب أن يشتري لنفسه من مال ولده الذي تحت حجره، ويبيع له من ماله، لانتفاء التهمة في حقه غالباً، لكمال شفقته، والله أعلم.

قال: وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل.

ش: أما إذا علم الوكيل بفسخ الموكل أو موته، فلا شك في بطلان ما فعله بعد ذلك، وأما إذا لم يعلم، فظاهر كلام الخرقي ـ وهو اختيار الشريف، وأبي الخطاب، وابن عقيل وغيرهم ـ أن تصرفه غير نافذ أيضاً، لأنه متصرف بلا إذن، لزواله بالفسخ أو الموت، ولا ملك، أشبه الفضولي، قال القاضي: وهذا أشبه بأصول المذهب وقياسه، لقولنا: إن الخيار إذا كان لهما كان لأحدهما الفسخ من غير محضر من الآخر، ولم يذكر عن أحمد نصاً، والمنصوص عن أحمد رحمه الله ـ في رواية ابن منصور، وجعفر بن محمد، وأبي الحارث ـ أن تصرفه نافذ، اعتماداً على أن الحكم لا يثبت في حقه قبل العلم، كما نقول في الأحكام المبتدأة، قال سبحانه: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ومقتضى كلام الخرقي أن الوكالة عقد جائز، لبطلانه إياها بالموت والفسخ، وهو صحيح.

(تنبيه): القاضي وأبو محمد وغيرهما يجعلون الخلاف في نفس انفساخ عقد الوكالة قبل العلم، وأبو البركات وغيره ـ وهو مقتضى كلام الخرقي ـ يجعلون الخلاف في نفوذ التصرف، لا في نفس الانفساخ، وهذا أوفق لمنصوصات أحمد، قال أبو العباس: وهو لفظي، والله أعلم.

قال: وإذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده، حتى يفسخ أو يطأ.

ش: الوكالة تنفسخ بما يدل على الفسخ من لفظ أو فعل، إناطة للحكم على المعنى، فإذا وكله في طلاق زوجته فإنه يملك ذلك مطلقاً، لعدم تقييده له بزمان ولا مكان، إلى أن يفسخ أو يطأ، إذ وطؤه دليل رغبته فيها، وعلى هذا إذا باشرها دون الفرج فقال أبو محمد: فيه احتمالان، بناء على التردد في حصول الرجعة بذلك، والله أعلم.

قال: ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره، فإن الآمر مخير في قبول الشراء، فإن لم يقبل لزم الوكيل، إلا أن يكون اشتراه بعين المال، فيبطل الشراء.

ش: من وكل في شراء شيء فاشترى غيره ـ كأن وكل في شراء عبد زيد، فاشترى عبد عمرو، أو في شراء عبد، فاشترى ثوباً، ونحو ذلك ـ فلا يخلو إما أن يقع الشراء بعين مال الموكل أو في ذمة الوكيل، فإن وقع بعين مال الموكل فهل يبطل ـ وهو المذهب ـ.

٢٠٧٩ ـ لقول النبي ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»[1] ـ أو يقف

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٩٥٦.

على إجازة المالك ـ لحديث عروة بن الجعد ـ فيه روايتان، وإن وقع في ذمة الوكيل بنية الشراء للموكل فهل الشراء صحيح ـ. وهو المذهب المعروف المشهور، وجزم به الشيخان وغيرهما، إذ التصرف وقع في الذمة، وهي قابلة لذلك ـ أو باطل ـ كالشراء بالعين، حكاه القاضي في الروايتين ـ؟ فيه خلاف، وعلى الأول فهل يلزم المشتري، لكونه اشترى لغيره بغير أمره، أشبه ما لو لم ينوه له، أو يقف على إجازة الموكل، فإن أجازه لزمه، لأنه اشترى له، أشبه ما لو أذن فيه، وإن رده لزم الموكل لصدور الشراء منه؟ فيه روايتان حكاهما أبو محمد، ثم شرط القاضي ـ وتبعه أبو البركات ـ أن لا يسمي الموكل في العقد إذا كان الشراء في الذمة، فإن سماه بطل، وظاهر كلام الخرقي وأبي محمد عدم اشتراط هذا الشرط، والله أعلم.

باب الإقرار بالحقوق

الإقرار الاعتراف، وحده الإظهار لأمر متقدم، وليس بإنشاء، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ﴾ ـ إلى قوله ـ ﴿وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَا﴾ [آل عمران: ٨١] وقال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُواْ بِذُنُوبِهِمْ﴾ [التوبة: ١٠٢].

٢٠٨٠ ـ وثبت أن النبي ﷺ رجم ماعزاً بإقراره[١]، وقال: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»[٢] وأجمع المسلمون على صحة الإقرار في الجملة.

قال: ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه، كان استثناؤه باطلاً، إلا أن يستثني عيناً من ورق، أو ورقاً من عين.

ش: إذا أقر بشيء واستثنى من جنسه ـ كأن أقر بعشرة دراهم، واستثنى منها درهماً ونحو ذلك ـ فإنه يصح بلا نزاع، ويكون مقراً بالباقي بعد المستثنى، لورود ذلك في الكتاب، والسنة، وكلام العرب، قال سبحانه: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤].

٢٠٨١ ـ وقال النبي ﷺ في الشهيد: «تكفر عنه خطاياه كلها إلا الدين»[٣] ويدخل في كلام الخرقي ما إذا أقر بنوع من جنس، واستثنى نوعاً آخر، كأن أقر بتمر برني، واستثنى تمراً معقلياً، ونحو ذلك، وهو أحد احتمالي المغني، والاحتمال الآخر ـ وهو الصحيح عند أبي محمد ـ لا يصح، لعدم دخول المعقلي في البرني، وإن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه، فلا يخلو إما أن يكون ذلك في الدراهم والدنانير، أو في غيرهما، فإن كان في غيرهما ـ كأن أقر بدراهم واستثنى منها ثوباً، أو بثياب

(١) أخرجه البخاري ٦٨٢٤، ومسلم ١١/١٩٦.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٣١٤، ومسلم ١١/٢٠٥.
(٣) أخرجه مسلم ١٣/٢٩، ومالك ٢/١٦، والترمذي ١٧٦٥، والنسائي ٦/٣٤.

واستثنى منها دراهم، أو بتمر واستثنى منه براً، ونحو ذلك ـ فالمذهب المعروف المشهور أنه لا يصح، لأن الاستثناء إما إخراج بعض ما يتناوله اللفظ، أو ما يصلح أن يتناوله اللفظ، مأخوذ من قولهم: ثنيت فلاناً عن رأيه. إذا صرفته عن رأي كان عازماً عليه، وأحد الجنسين لا يتناوله الآخر، ولا يصح أن يتناوله إلا على سبيل المجاز، والأصل الحقيقة، وعن أبي الخطاب صحة ذلك، بناء على جواز استثناء أحد النقدين من الآخر. انتهى.

وإن كان ذلك في الدراهم والدنانير ـ مثل أن أقر بمائة درهم، واستثنى منها ديناراً، أو بدينار واستثنى منه خمسة دراهم ـ ففيه روايتان (إحداهما) لا يصح، اختارها أبو بكر، لما تقدم، (والثانية) يصح، اختارها الخرقي، لأنهما في معنى الجنس الواحد، لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر، فإذا قال: له علي مائة درهم إلا ديناراً فمعناه إلا عشرين درهماً، ويعبر بأحدهما عن الآخر، فمعنى: له عليّ دينار إلا درهمين، له عليَّ عشرون درهماً إلا درهمين. إذ الدينار يعبر به عن عشرين درهماً، ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح حمل عليه، فعلى هذا يرجع في تفسير الدينار إلى المقر إن لم يكن للدينار بالبلد سعر معلوم، وإن كان له سعر فهل يرجع إلى سعره، أو إلى التفسير؟ فيه قولان، قال أبو محمد: ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين، فالموضع الذي قال بالصحة فيه، إذا عبر بأحدهما عن الآخر، أو علم قدره منه، والموضع الذي قال بالبطلان فيه، إذا انتفى ذلك، والله أعلم.

قال: ومن ادعي عليه شيء فقال: قد كان ذلك وقضيته. لم يكن ذلك إقراراً.

ش: هذا منصوص أحمد في رواية جماعة، وجزم به الجمهور، كالشريف، وأبي الخطاب، والشيرازي، وشيخهم، وقال: لم أجد رواية بغير هذا، وذلك لأن الكلام بآخره، والذي تضمنه مجموع كلامه أنه لا شيء له عليه، لأن الاستصحاب إنما يعمل عمله إذا لم يرد ما يخالفه.

وعن أحمد رواية أخرى اختارها أبو الخطاب، أنه يكون مقراً مدعياً للقضاء، ولا يقبل قوله في دعوى القضاء إلا ببينة. إذ كلامه انطوى على جملتين، إحداهما: كان له عليّ ألف. والثانية وقضيته. فيقبل قوله فيما عليه، ولا يقبل قوله فيما له إلا ببينة.

وعنه رواية ثالثة، حكاها أبو البركات: أن هذا ليس بجواب صحيح، فيطالب برد الجواب، إذ إقراره الأول يناقضه دعوى القضاء ثانياً، وإذا تناقضا تساقطا، ولو قال: له عليّ ألف وقضيته. ولم يقل «كان» ففيه الروايتان الأولتان، وثالثة أنه مقر بالحق، مكذب لنفسه في الوفاء، فلا يسمع منه، وإن أتى ببينة، لأن: له عليّ ألف. يقتضي بقاءها في ذمته، ودعوى القضاء تناقض ذلك، ولو قال: كان له عليّ ألف. ولم يقل: وقضيته. فهو إقرار، وخرج عدمه، والله أعلم.

قال: ومن أقر بعشرة دراهم، ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه، ثم قال: زيوفاً، أو صغاراً، أو إلى شهر. كانت عشرة جياداً. وافية. حالة.

ش: إذا أقر بدراهم لزمته جياد وافية حالة، إذ هذا مقتضى الإطلاق، كما لو وقع البيع على ذلك، نعم إذا كان في بلد أوزانهم ناقصة، أو دراهمه مغشوشة، فهل يلزمه من دراهم البلد، كثمن المبيع بها ـ وهو مقتضى كلام ابن الزاغوني، وما صححه صاحب التلخيص ـ أو جياد وافية، إذ إطلاق الدراهم في الشرع ينصرف إلى ذلك، بدليل نصاب الزكاة ـ وهو مقتضى كلام الخرقي ـ؟ فيه وجهان، وحيث قلنا مع الإطلاق يلزمه جياد وافية حال، ففسرها بزيوف ـ وهي الرديئة ـ أو بصغار ـ وهي الناقصة ـ كدراهم طبرية، وهي أربعة دوانيق، بخلاف دراهم الإسلام فإنها ستة دوانيق ـ أو قال: مؤجلة. فلا يخلو إما أن يكون بكلام متصل، أو ما في حكمه، كالسكوت لتنفس، أو عطاس، ونحو ذلك، أو منفصل، فإن كان بكلام منفصل لم يسمع منه، لإفضائه إلى إبطال بعض ما اقتضاه ظاهر إقراره، وهو الجودة، والحلول، والكمال، فإن كان بمتصل ونحو سمع منه، إذ الكلام بآخره، فالإقرار إنما حصل على صفة، فلا يلزم غيرها، نعم إذا قال: زيوف. وفسرها بما لا فضة فيه لم يسمع، لأن قوله: دراهم. يناقضه، وشرط القاضي فيما إذا قال: صغار. أن يكون للناس دراهم صغار، وإن لم يكن لهم دراهم صغار لم يسمع منه، وحكى أبو الخطاب احتمالاً فيما إذا فسر بالتأجيل أنه لا يسمع منه، والله أعلم.

قال: ومن أقر بشيء واستثنى الكثير ـ وهو أكثر من النصف ـ أخذ بالكل، وكان استثناؤه باطلاً.

ش: لا نزاع في جواز استثناء الأقل، ولا في منع استثناء الكل، ولا في أن المذهب المعروف المشهور أنه لا يجوز استثناء الأكثر، حتى أن أبا محمد قال: لا يختلف المذهب في ذلك، نظراً إلى أن هذا الذي ورد في كلام العرب، قال الزجاج: لم يأتِ الاستثناء إلا في القليل من الكثير، ولو قال قائل: مائة إلا تسعة وتسعين. لم يكن متكلماً بالعربية، وكان عيّاً من الكلام ولكنة، وقال القتيبي: يقال: صمت الشهر إلا يوماً. ولا يقال: صمت الشهر إلا تسعة وعشرين. ولأن القليل في معرض النسيان، فقبل وإن خالف مقتضى ما نطقه به، بخلاف الكثير فإن احتمال السهو فيه بعيد، وقيل: يجوز استثناء الأكثر، نظراً لقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ ﴿٤٢﴾﴾ [الحجر: ٤٢] والغاوون أكثر، بدليل ﴿وَمَا أَكْثَرُ النَّاسِ وَلَوْ حَرَصْتَ بِمُؤْمِنِينَ ﴿١٠٣﴾﴾ [يوسف: ١٠٣] ومنع أن الغاوين أكثر، إذ العابد يدخل فيهم الملائكة، والجن، والإنس، وعلى تقدير التسليم، فاستثناء الأكثر إنما يمتنع من عدد محصور، أما الاستثناء بالصفة من جنس فإنه يجوز وإن كان أكثر، وهذا أحد جوابي القاضي، والآخر أنه استثناء منقطع، بمعنى «لكن» ولما كان النصف حداً بين القليل

والكثير، تردد الأصحاب فيه، فمنعه أبو بكر، وجوزه الخرقي، والله أعلم.

قال: وإذا قال: له عندي عشرة دراهم. ثم قال: وديعة. كان القول قوله.

ش: لأنه فسر كلامه بما يوافق ظاهره لا بما يخالفه، وإذاً يثبت لها حكم الوديعة، بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها قبل منه، والله أعلم.

قال: ولو قال: له عليّ ألف، ثم قال: وديعة. لم يقبل قوله.

ش: هذا هو المشهور لمخالفته ظاهر إقراره، لأن «عليّ» للإيجاب، فمقتضى اللفظ أنها في ذمته، والوديعة ليست في ذمته، وعن القاضي: يقبل قوله على تأويل أن عليّ حفظها، أو ردها، ونحو ذلك، والله أعلم.

قال: ولو قال: له عندي رهن. وقال المالك: وديعة. كان القول قول المالك.

ش: لأن المقر يدعي على المالك عقداً، وهو ينكره، والأصل معه، ولأن إقراره يتضمن حقاً عليه، وحقاً له، فقبل فيما عليه دون ما له، والله أعلم.

قال: ولو مات فخلف ولدين، فأقر أحدهما بأخ أو بأخت، لزمه أن يعطي الفضل الذي في يديه لمن أقر له.

ش: إذا مات رجل وخلف ولدين، فأقر أحدهما بأخ أو بأخت، وكذبه الآخر لم يثبت النسب اتفاقاً، ويلزم المقر أن يدفع إلى المقر له ما فضل في يده عن ميراثه، لأن إقراره تضمن ذلك، وكما لو ثبت نسبه ببينة، ففي صورة الإِقرار بأخ يلزمه أن يدفع إليه السدس، لأنهم إذا كانوا ثلاثة على زعم المقر، يكون المال بينهم أثلاثاً، لكل واحد ثلثه، وفي يده النصف، فالفاضل عما يستحقه السدس، وفي مسألة الإِقرار بأخت يدفع إليها نصف الخمس لأن المال بينهم على خمسة، لكل أخ خمسان، ولهما خمس، وفي يده النصف، فالفاضل عما يستحقه نصف الخمس، وعلى هذا فقس، والله أعلم.

قال: وكذلك إن أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه.

ش: فإذا كان ميراثه النصف لزمه من الدين نصفه، وإن كان ميراثه الثلث لزمه منه الثلث، وعلى هذا، لأنه إقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه، فلا يلزمه إلا ما يخصه، كالإِقرار بالوصية، وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة، والله أعلم.

قال: وكل من قلت: القول قوله. فلخصمه عليه اليمين.

ش: أي في هذا الباب، نحو: له عندي مائة درهم. وفسرها بوديعة، أو: له عندي رهن. وقال المالك: وديعة: وما أشبه، كالمضارب، والشريك، والراهن، ونحوهم، فمن القول قوله فلخصمه عليه اليمين، لأن ما ادعاه عليه محتمل.

٢٠٨٢ ـ وقد قال ﷺ: «لو يعطي الناس بدعواهم، لادعى رجال دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» والله أعلم.

قال: والإقرار بدين في مرضه موته، كالإقرار في صحته، إذا كان لغير وارث.

ش: إذا أقر بمال لغير وارث في مرضه المحجور عليه فيه كان كما لو أقر له في صحته، على المشهور من الروايات، والمختار عند الأصحاب، لانتفاء التهمة غالباً، ولاحتياجه إلى براءة ذمته، وقد ينحصر الطريق في ذلك، والرواية الثانية: لا يقبل مطلقاً. كالإقرار لوارث، والثالثة: يلزم في الثلث فما دون، لا فيما زاد عليه، تنزيلاً له منزلة الوصية.

ويدخل في كلام الخرقي ـ بطريق التنبيه ـ الإقرار بغير مال، كالإقرار بالطلاق ونحوه، فإنه يصح بلا نزاع، فعلى الأولى ـ وهو المذهب ـ هل يحاص المقر له في المرض من ثبت دينه بينة أو بإقرار في الصحة؟ فيه وجهان (أحدهما) ـ وبه جزم القاضي في الجامع والشريف، وأبو الخطاب، والشيرازي في موضع، وهو ظاهر كلام الخرقي، واختيار التميمي ـ نعم، لأنه يجب قضاؤهما من رأس المال، أشبه ما لو ثبتا ببينة، (والثاني) ـ واختاره أبو الخطاب في الانتصار، وقال ابن البنا ـ تبعاً لشيخه أظنه في المجرد ـ: إنه قياس المذهب ـ لا، لنص أحمد في المفلس أنه إذا أقر وعليه دين ثبت ببينة أنه يبدأ به، وعلى الرواية الثالثة يقدم دين الصحة بلا نزاع، لأنا نزلنا الإقرار منزلة الوصية، والله أعلم.

قال: وإن أقر لوارث بدين لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة.

ش: أما مع البينة فواضح، وأما مع عدمها فلا يلزم باقي الورثة القبول، لمكان التهمة، نعم لا يبطل الإقرار على المشهور من المذهب، بل يقف على إجازة الورثة، فإن أجازوه جاز، وإن ردوه بطل، ولهذا قال الخرقي: لم يلزم. ومقتضى كلام الخرقي أن الحكم منوط بحال الإقرار، فلو أقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح، إناطة بالتهمة، ولو أقر لغير وارث فصار عند الموت وارثاً صح، لانتفاء التهمة، نص عليه أحمد، معللاً بما تقدم، (وعنه) الاعتبار بحال الموت كالوصية، والأول المذهب، والله أعلم.

قال: والعارية مضمونة، وإن لم يتعد فيها المستعير.

ش: يعني إذا تلفت أو نقصت.

٢٠٨٣ ـ لما روى الحسن، عن سمرة، عن النبي ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(١) رواه الخمسة إلا النسائي.

٢٠٨٤ ـ وعن صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدراعاً، فقال: أغصباً يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة» قال: فضاع بعضها، فعرض النبي ﷺ أن يضمنها، فقال: أنا اليوم في الإسلام أرغب(٢). رواه أحمد، وأبو داود.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٦١، وابن ماجه حديث ٢٤٠٠، وأحمد ٥/ ١٢.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٦٢، وأحمد ٦/ ٤٦٥.

وعموم كلام الخرقي يقتضي الضمان ولو شرط نفيه، وهو المشهور من المذهب، لمخالفة الشرط مقتضى العقد، وعنه ـ واختاره أبو حفص ـ يسقط الضمان، لأنه أبرأ من الضمان مع وجود سببه، أشبه ما لو أبرأه من السراية بعد الجراحة، ومقتضى كلام الخرقي أنه لا يضمن الولد، وهو الصحيح من الوجهين، عند أبي مجمد، والله أعلم.

(تنبيه): العارية يد آخذة، والوديعة يد معطاة، فالعارية مثل القرض فجميعاً قابضهما ضامن، والفرق بينهما أن العين المستعارة لا يجوز استهلاكها، ولا هبتها، ولا تغييرها، ولا التصرف فيها، بخلاف القرض، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب الغصب

ـ الغصب محرم بالإجماع، وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ وَتُدْلُوا۟ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ﴾ الآية [البقرة: ١٨٨].

٢٠٨٥ ـ وعن السائب بن يزيد رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً، ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليردها عليه»[١] رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، وهو في اللغة: أخذ الشيء ظلماً. قاله الجوهري وابن سيده وغيرهما، وفي الإصطلاح قال أبو محمد في المقنع أنه: الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق. فالاستيلاء يستدعي القهر والغلبة، فإذاً قوله: «قهراً» زيادة في الحد، ولهذا أسقطه في المغني، لكن فيه زيادة إيضاح، يخرج بذلك المال المسروق، والمنتهب، والمختلس، لأنه لم يأخذه على وجه القهر، وقوله: بغير حق. يخرج الاستيلاء بحق، كاستيلاء الولي على مال الصبي، والحاكم على مال المفلس، ونحو ذلك.

وهو غير جامع، لخروج ما عدا المال من الحقوق، كالكلب، وخمر الذمي، ونحو ذلك، ثم إنه عرف «غير» بالألف واللام، والمشهور عدم تعريفها بهما، ولهذا لم يعرفها في المغني، وقال أبو البركات: هو الاستيلاء على مال الغير ظلماً. ويرد عليه ما ورد على الأول، وأنه غير مانع، لدخول السرقة، والانتهاب، ونحو ذلك ـ كالاختلاس ـ فيه، والله أعلم.

قال: ومن غصب أرضاً فغرسها أخذ بقلع غرسه، وأجرتها إلى وقت تسليمها، ومقدار نقصانها، إن كان نقصها الغرس.

ش: يصح غصب العقار على المذهب المعروف المشهور، حتى أن القاضي

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٥٠٠٣، والترمذي ٢٢٤٩، وأحمد ٤/ ٢٢١.

وعامة أصحابه لم يذكروا في المسألة خلافاً، مع أن القاضي ذكر رواية ابن منصور، واستشكلها.

٢٠٨٦ ـ وذلك لما روي عن سعيد بن زيد قال: قال رسول الله ﷺ: «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً فإنه يطوق يوم القيامة من سبع أرضين»[١] متفق عليه، وفي لفظ لأحمد «من سرق».

٢٠٨٧ ـ وعن الأشعث بن قيس رضي الله عنه أن رجلاً من كندة ورجلاً من حضرموت اختصما إلى النبي ﷺ في أرض باليمن، فقال الحضرمي: يا رسول الله أرضي اغتصبها هذا وأبوه. فقال الكندي: يا رسول الله أرضي ورثتها من أبي. فقال الحضرمي: استحلفه يا رسول الله أنه ما يعلم أنها أرضي وأرض والدي، اغتصبها أبوه، فتهيأ الكندي لليمين، فقال رسول الله ﷺ: «إنه لا يقتطع عبد ـ أو رجل ـ مالاً بيمينه إلا لقي الله يوم يلقاه وهو أجذم» فقال الكندي: هي أرضه وأرض والده. رواه أحمد[٢].

ونقل عنه ابن منصور ما يدل على أن العقار لا يضمن بالغصب، إذ الغصب إثبات اليد على المال عدواناً، على وجه تزول به يد المالك، ولا يوجد ذلك في العقار، وفائدة الخلاف أنها لو غرقت بماء السماء ونحو ذلك، أو كان فيها بناء فانهدم، ضمن على الأول دون الثاني، ولو غصبها غاصب آخر، فهدم بناءها، أو نقل ترابها، فللمالك تضمين من شاء منهما على الأول، وعلى الثاني يضمن الثاني فقط، لوجود النقل والهدم منه. إذا تقرر هذا فإذا غصب أرضاً فغرسها، فإنه يؤخذ بقلع غرسه.

٢٠٨٨ ـ لما روى عروة بن الزبير، أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً فهي له، وليس لعرق ظالم حق» قال: ولقد أخبرني الذي حدثني بهذا الحديث أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ، غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر، فقضى لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، قال: فلقد رأيتها وإنها لتضرب أصولها بالفؤوس، وإنها لنخل عم[٣]. رواه أبو داود، والدارقطني، قال أحمد: العم الطوال. ويؤخذ بأجرتها إلى وقت تسليمها، وكذلك كل ما له أجر، بناء على أن منافع المغصوب مضمونة، إذ هي بمنزلة الأموال، ولهذا قلنا ـ على المشهور ـ: يجبر المفلس المحترف على إيجار نفسه لوفاء دينه، وسواء انتفع أو لم ينتفع، لتلفها تحت يده العادية.

---

(١) أخرجه البخاري ٢٤٥٢، ومسلم ١١/ ٤٨، وأحمد ١/ ١٨٨.
(٢) المسند ٥/ ٢١٢.
(٣) أخرجه أبو داود حديث ٣٠٧٤.

ويؤخذ أيضاً بنقص الأرض إن نقصها الغرس، وكذا لو نقصت بغيره، وكذلك الحكم في كل عين مغصوبة، على الغاصب ضمان نقصها، كما يضمن جملتها، والنقص هو نقص القيمة في جميع الأعيان، اختاره الشيخان (وعنه) ـ وهو المشهور عنه ـ أن في عين الدابة ربع قيمتها.

٢٠٨٩ ـ واعتمد في ذلك على ما روي عن عمر رضي الله عنه، أنه كتب إلى شريح ـ وقد كتب إليه يسأله عن عين الدابة ـ: إنا كنا ننزلها بمنزلة الآدمي، إلا أنا أجمع رأينا أن فيها ربع الثمن[1]. وهذا إجماع، وهو اختيار القاضي في التعليق، والشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما، ثم الشيخان، وأبو الخطاب في الهداية والقاضي في روايتيه، جعلوا الخلاف في عين الدابة من الخيل، والبغال، والحمير، ونصوص أحمد على ذلك، والقاضي في تعليقه وفي جامعه، والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما، وصاحب التلخيص، والمستوعب، وأبو محمد في الكافي، خصوا الخلاف بعين الفرس، (وعنه) أن الرقيق يضمن بما يضمن به في الإتلاف، وتفرد أبو محمد في المقنع عن الأصحاب، فخرج أنه يضمن بأكثر الأمرين من النقص أو مما يضمن به في الإتلاف وتحرير ذلك يحتاج إلى طول. والله أعلم.

قال: وإن كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم، كان الزرع لصاحب الأرض، وعليه النفقة، وإن استحقت بعد أخذ الغاصب الزرع لزمته أجرة الأرض.

ش: إذا غصب أرضاً فزرعها فإن أدركها ربها والزرع قائم، كان الزرع له وعليه النفقة، على ظاهر كلام أحمد ـ في عامة نصوصه ـ والخرقي، والشيرازي، وابن أبي موسى فيما أظن.

٢٠٩٠ ـ لما روى رافع بن خديج رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء وله نفقته»[2] رواه الخمسة إلا النسائي، وقال البخاري: هو حديث حسن. وعليه اعتمد أحمد، فقال في رواية علي بن سعيد. آخذ به. وفي رواية حرب: أذهب إليه. وقال القاضي، وعامة أصحابه، والشيخان: يخير مالك الأرض بين تركه إلى الحصاد بالأجرة، وبين أخذه بالنفقة، نظراً إلى رب الأرض، وحملا على الغاصب، إذ لو كلف الأخذ بالقيمة ربما شق ذلك عليه، وحكى أبو الخطاب احتمالاً بأن الزرع للغاصب، لأنه نماء ملكه، وعليه الأجرة.

ولا نزاع أن رب الأرض لا يجبر الغاصب على قلع الزرع. ثم هل النفقة قيمته ـ

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/٩٨.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٤٠٣، والترمذي ١٣٧٨، وابن ماجه حديث ٢٤٦٦، وأحمد ٣/ ٤٦٥، ٤/ ١٤١.

وهي التي صححها القاضي في التعليق، قياساً على ما إذا أتلفه ـ أو نفقته من البذر والمؤونة ـ وهو ظاهر كلام الخرقي، لظاهر الحديث ـ؟ فيه روايتان، وقال ابن الزاغوني: أصلهما هل يضمن ولد المغرور بمثله أو بقيمته؟ وإن أدركها ربها بعد أخذ الغاصب الزرع فقد استقر ملك الغاصب عليه، لأنه نماء ملكه، فيكون له على القاعدة، وإنما خرجنا عن ذلك في الزرع للحديث، وبعد الأخذ لا يشمله الحديث، لأنه إنما يكون زرعاً ما دام قائماً، وعليه الأجرة، ونقص الأرض إن كانت نقصت، لما تقدم.

ويدخل في عموم كلام الخرقي الزرع الذي يجز مرة بعد أخرى، كالنعنع ونحوه، وهو أحد احتمالي أبي محمد، والاحتمال الثاني أن حكمه حكم الغراس، والله أعلم.

قال: ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة، فزاد في بدنه، أو بتعليمه، حتى صارت قيمته مائتين، ثم نقص بنقصان بدنه، أو نسيان ما علم، حتى صارت قيمته مائة، أخذه سيده من الغاصب، وأخذ مائة.

ش: خلاصته أن زوائد العين المغصوبة مضمونة على الغاصب، سواء كان ذلك ذاتاً كالسمن أو معنى كتعلم صناعة، ونحو ذلك، لأنها تحدث على ملك مالك العين، وقد تحصلت تحت يد الغاصب، فلزمه ضمانها كالأصل، فإذا غصب عبداً قيمته مائة، فسمن أو تعلم صناعة، فصارت قيمته مائتين، ثم عاد كما كان، بأن هزل أو نسي الصناعة، فإنه يجب على الغاصب رده، ورد مائة في مقابلة ما ذهب من السمن أو الصناعة، والله أعلم.

قال: ومن غصب جارية فوطئها وأولدها، لزمه الحد، وأخذها سيدها وأولادها، ومهر مثلها.

ش: إذا غصب جارية فوطئها لزمه الحد، لأنه زان، إذ لا شبهة له في ذلك، ثم إذا قدر عليها سيدها أخذها، لأنها عين ملكه، وأخذ أولادها، لأنهم نماء ملكه، ولا يلحق نسبهم بالواطىء لأنه زان، وأخذ مهر مثلها لأنه بدل منفعة، (وعنه): لا مهر للثيب، وهو بعيد، ولا لمطاوعة وهو جيد، لنهيه ﷺ عن مهر البغي، والأول المذهب، لأن الحق للسيد، فلا يسقط بمطاوعتها، فإذا كانت بكراً فعليه أرش بكارتها على الصحيح، ولو اعتق الغاصب حل الوطء، ومثله يجهل ذلك، لقرب عهده بالإسلام، ونحو ذلك، فالحكم كذلك، إلا أنه لا حد عليه، وأولاده أحرار يفديهم كما سيأتي، والله أعلم.

قال: وإن كان الغاصب باعها فوطئها المشتري، وأولدها وهو لا يعلم، ردت الجارية إلى سيدها، ومهر مثلها، وفدى أولاده بمثلهم، وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الغاصب.

ش: إذا باع الغاصب الجارية المغصوبة، فإن البيع فاسد على المذهب، وقيل

عنه: يقف على الإجازة، وقيل عنه: يصح مطلقاً، والتفريع على الأل، فنقول: لا يخلو المشتري إما أن يكون عالماً بالغصب أو غير عالم، والمرجع في ذلك إليه، لأن ذلك مما يخفى، فإن كان عالماً فحكمه حكم الغاصب على ما تقدم، وإن لم يكن عالماً فإن الجارية ترد إلى مالكها، لأنها مال غيره في يده، وقد قال ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[1] ويرد مهر مثلها، لأنه في مقابلة منفعتها غير المأذون فيها، وإن كان المشتري قد أولدها فإن ولده حر، لاحق نسبه به، لمكان الشبهة، وعليه فداؤه على المذهب، لأنه فوّت رقه على سيده، باعتقاده حل الوطء، وعنه لا فداء عليه، لانعقاده حراً، ويفديه بمثله يوم الوضع على مختار القاضي، والشريف، وأبي الخطاب، والشيخين، وغير واحد، لأنه أول أوقات الإِمكان، وقيل: يوم المحاكمة. وهو ظاهر إطلاق أحمد في رواية ابن منصور، وجعفر بن محمد، ثم هل يفديه بمثله ـ وهو مختار الخرقي، والقاضي، وعامة أصحابه ـ أو بقيمته ـ وهو مختار أبي محمد، وصاحب التلخيص، أو يخير، وهو مختار أبي بكر في المقنع؟ على ثلاث روايات، وأصل الاختلاف اختلاف الصحابة، وهل المعتبر المثل في الصفات تقريباً ـ، وهو ظاهر كلام الخرقي وأحمد ـ أو المثل في القيمة ـ وهو اختيار عبد العزيز ـ؟ فيه وجهان.

ويرجع المشتري على الغاصب بقيمة الولد، لأنه دخل على أنه غير مضمون عليه، ولا إتلاف من جهته، وهل يرجع بالمهر؟ فيه روايتان، (إحداهما) ـ وهي اختيار الخرقي والقاضي، وعامة أصحابه ـ نعم.

٢٠٩١ ـ تبعاً لقضاء عمر رضي الله عنه، فإنه قضى بالرجوع، ولما تقدم، (والثانية) ـ وهي اختيار أبي بكر ـ لا، اتباعاً لقضاء علي رضي الله عنه، فإنه قضى بعدم الرجوع ولأنه غرم ما استوفى بدله، فلم يرجع به، كما لو تلفت الجارية أو أجزاؤها، والله أعلم.

قال: ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزم الغاصب القيمة، فإن قدر عليه رده وأخذ القيمة.

ش: من غصب شيئاً فعجز عن رده ـ كعبد أبق، أو فرس شرد، ونحو ذلك ـ لزمته قيمته، لأنه تعذر رده، أشبه ما لو تلف، ويملكها المغصوب منه، قاله أبو محمد، وقال القاضي في التعليق: لا يملكها، وإنما يباح له الانتفاع بها، بإزاء ما فاته من منافع العين المغصوبة، ولا نزاع أن الغاصب لا يملك العين المغصوبة، فإذا قدر عليها بعد أداء القيمة ردها على المغصوب منه، لبقائها على ملكه، وأخذ القيمة، لأن دفع القيمة كان لتعذر العين، وقد زال التعذر، ولئلا يجتمع البدل والمبدل لشخص

(١) تقدم الحديث مع تخريجه قبل قليل.

واحد، والله أعلم.

قال: ولو غصبها حاملاً فولدت في يده، ثم مات الولد، أخذها سيدها، وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته.

ش: إذا غصب حاملاً، أو حائلاً فحملت عنده، فإن الولد مضمون عليه، إذ الولد إما مودع في الأم، وإما كأجزائها، وفي كلا الموضعين يجب الضمان، إذ الاستيلاء على الظرف وعلى الجملة استيلاء على المظروف وعلى الجزء.

إذا تقرر هذا فإذا ولدت في يده فلا يخلو إما أن تلده حياً أو ميتاً، فإن ولدته ميتاً وكان قد غصبها حاملاً، فلا شيء عليه، لأنه لا يعلم حياته حين استيلائه، وإن كان قد غصبها حائلاً فحملت، ثم أسقطته ميتاً، فكذلك عند القاضي أبي يعلى، وعند ابنه أبي الحسين يضمنه بقيمته لو كان حياً، قال أبو محمد: والأولى إن شاء الله أن يضمنه بعشر قيمة أمه، وإن ولدته حياً وجب رده مع أمه على مالكها، مع أرش نقص الولادة إن كان ثم نقص، فلم مات الولد رد الأم ورد قيمة الولد لما تقدم، ثم إن كانت قيمته لا تختلف من يوم الولادة إلى يوم التلف ردها، وإن اختلفت فإن كان لمعنى فيه من كبر، وسمن، وهزال، وتعلم صناعة، ونحو ذلك فالواجب القيمة الزائدة، لأنه مغصوب في تلك الحال، فإذا نقص البعض ضمن النقص، وإن كان الاختلاف لتغير الأسعار لم يضمنه، نص عليه، واختاره الأصحاب، حتى أن القاضي قال: لم أجد عن أحمد رواية بالضمان، ونقل عنه ابن أبي موسى ـ وناهيك به ـ رواية بالضمان لذلك ـ وعليها حمل القاضي كلام الخرقي هنا.

فعلى المذهب يضمن المغصوب بقيمته يوم تلفه، على المشهور والمختار أيضاً عند الأصحاب، إذ قبل التلف الواجب رد العين، وإنما ثبتت القيمة حين التلف، ونقل عنه ابن مشيش: يضمنه بقيمته يوم غصبه، وكذلك نقل عنه ابن منصور، إلا أنه عاوده في ذلك فجبن عنه، تنزيلاً لزوال يده منزلة تلف العين، وحكم بقية المتقومات كذلك، أما المثلي فيضمن بمثله، فإن تعذر المثل فبقيمته يوم إعوازه على المذهب، والله أعلم.

قال: وإذا كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب رده وأجرة مثله مدة مقامه في يده.

ش: يجب رد المغصوب ما دام باقياً، لما تقدم من قول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وقوله: «ومن أخذ عصا أخيه فليردها» ويجب الرد وإن تضرر بذلك، كأن بعّده، أو بنى عليه، ونحو ذلك، لأنه الذي أدخل الضرر على نفسه، وإذا رده فإن كانت له أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يديه، على المنصوص والمختار للأصحاب، وسواء استوفى المنافع، أو لم يستوفها، لأن المنافع مال فوجب

ضمانه كالعين، ونقل عنه محمد بن الحكم التوقف في ذلك، إلاّ أن الخلال قال: هذا قول قديم، لأن ابن الحكم مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة. واستدل لذلك بقوله: «الخراج بالضمان» وحمل على الأعيان، والله أعلم.

قال: ومن أتلف لذمي خمراً أو خنزيراً فلا غرم عليه، وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه.

ش: من أتلف ـ من مسلم أو ذمي ـ خمراً أو خنزيراً لذمي، فإنه لا غرم عليه.

٢٠٩٢ ـ لما في الصحيحين عن جابر رضي الله عنه قال: ألا إن رسول الله ﷺ حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام[١]. وما حرم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته كالميتة، وخرج أبو الخطاب ـ وتبعه أبو البركات ـ رواية بضمان خمر الذمي على الذمي، بناء على أنها مال، وعلى كل حال فينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه، لأن عقد الذمة اقتضى تركهم وما هم عليه، ما لم يضر المسلمين، والوفاء بالعهد واجب، أما إن أظهروا ذلك فإنه يتعرض لهم، ويمنعون منه، لمخالفتهم الشرط، والله أعلم.

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٢٣٦، ومسلم ١١/٥.

كتاب الشفعة

الشفعة مأخوذة من ضم الشيء إلى الشيء ومن ذلك الشفع، اسم للزوج، لأنه انضم الثاني إلى الأول، ومنه قوله تعالى: ﴿وَٱلْفَجْرِ ۝١ وَلَيَالٍ عَشْرٍ ۝٢ وَٱلشَّفْعِ وَٱلْوَتْرِ ۝٣﴾ [الفجر: ١ ـ ٣] والشفيع، لانضمامه في المعونة إلى المشفوع له، (وحدها) في الاصطلاح قال أبو محمد في المقنع: إنها استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها. وهو غير جامع، لخروج الصلح بمعنى البيع، والهبة بشرط الثواب، ونحو ذلك منه، وقال في المغني: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه، من يد من انتقلت إليه، وهو غير مانع، لدخول ما انتقل بغير عوض، كالإرث، والوصية، والهبة بغير ثواب، أو بعوض غير مالي على المشهور، كالخلع ونحوه، فالأجود إذاً أن يقال: من يد من انتقلت إليه بعوض مالي أو مطلقاً.

٢٠٩٣ ـ وهي جائزة لما روى جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة[(١)]. رواه أحمد، والبخاري، وفي لفظ: إنما جعل النبي ﷺ. الحديث رواه أحمد، والبخاري، وأبو داود، إلى غير ذلك من الأحاديث، والإجماع على ذلك إلا خلافاً شاذاً يروى عن الأصم، والله أعلم.

قال: ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة.

ش: يشترط للشفعة شروط (أحدها) أن يكون شريكاً، فلا تجب الشفعة للجار، لما تقدم من حديث جابر، إذ معناه الشفعة حاصلة أو ثابتة، أو مستقرة في كل ما لم يقسم، فما قسم لا تحصل فيه ولا تثبت، ويؤيد هذا الرواية الأخرى المصرح فيها بالحصر: إنما جعل وتمام الحديث أيضاً يدل على ذلك، والراوي ثقة، عالم باللغة، فلا ينقل إلا اللفظ أو معناه.

٢٠٩٤ ـ وقد روى الترمذي[(٢)] وصححه في هذا الحديث: قال رسول الله ﷺ: «إذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة».

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٢١٣، وأبو داود حديث ٣٥١٤، وأحمد ٣/ ٣٩٩.

(٢) الجامع الصحيح ١٣٨٢.

٢٠٩٥ ـ وأصرح من هذا كله ما رواه أبو داود[١] عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا قسمت الدار، وحدت فلا شفعة فيها».

٢٠٩٦ ـ وقد روى الأثرم عن عمر، وعثمان وعلي رضي الله عنهم أنه لا شفعة للجار.

ونقل القاضي يعقوب رواية بثبوت الشفعة بالجوار، وصححه ابن الصيرفي، واختاره الحارثي فيما أظن.

٢٠٩٧ ـ لما روي عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً»[٢] رواه الخمسة وقال الترمذي: حسن غريب. لكن قد تكلم فيه شعبة وغيره، وقال بعض المحققين: إنه صحيح، وإن كلامهم بلا حجة.

٢٠٩٨ ـ وعن أنس رضي الله عه، أن رسول الله ﷺ قال: «جار الدار أحق بالدار» رواه النسائي[٣]، وابن حبان، وعلى المذهب لو حكم الحنفي لحنبلي بالجوار فهل له الأخذ؟ منعه القاضي، وجوزه ابن عقيل.

(الشرط الثاني): أن يكون ذلك الشقص المشترك مما يقبل القسمة، وهذا معنى قول الخرقي: للشريك المقاسم الذي يقاسم، أي يستحق أن يقاسم، فلا تجب في الحمام الصغير، والبئر، والعراض الضيقة، ونحو ذلك، لأن الحديث «إذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق» والحدود إنما تقع فيما يقبل القسمة، فإذاً تقدير الحديث: الشفعة في كل شيء يقبل القسمة ما لم يقسم.

٢٠٩٩ ـ وقد روى أبو عبيد في الغريب، عن النبي ﷺ أنه قضى أن لا شفعة في فناء، ولا طريق، ولا منقبة، ولا ركح. قال أبو عبيد: المنقبة الطريق الضيق بين الدارين، لا يمكن أن يسلكه أحد، والركح ناحية البيت من ورائه.

٢١٠٠ ـ واعتمد أحمد على ما رواه عن ابن إدريس، عن أبي عمارة، عن أبي بكر بن عمرو بن حزم، عن أبان بن عثمان، عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بئر، ولا فحل، والأرف يقطع كل شفعة. قال أحمد: الأرف الأعلام، والفحل فحل النخل.

(الشرط الثالث): أن يكون المبيع أرضاً، فلا شفعة في غير الأرض، لأن ظاهر الحديث أنه إنما حكم بذلك في الأرض دون غيرها، إذ وقع الحدود. وتصريف الطرق، إنما هو في الأرض، لأن الأرض هي التي تبقى على الدوام، ويدوم ضررها،

---

(١) سنن أبي داود حديث ٣٥١٥.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٥١٨، والترمذي ١٣٨١، وابن ماجه حديث ٢٤٩٤، وأحمد ٣/٣٠٣.

(٣) السنن الكبرى ١٢٢٢.

ويستثنى من غير الأرض البناء، والغراس، فإن الشفعة تجب فيهما تبعاً للأرض.

٢١٠١ ـ وفي حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به»[1] رواه مسلم وغيره، فنص على الحائط أي حائط النخل، وهذا الشرط قد يؤخذ من كلام الخرقي، من قوله: فإذا وقعت الحدود. إذ الخرقي سبك الحديث. (وعن أحمد) رحمه الله رواية أخرى أن الشفعة تجب في كل شيء، إلا في منقول ينقسم، فتجب على هذا في كل ما لا ينقسم، كالحمام الصغير ونحوه، وفي غير الأرض، من البناء المنفرد ونحوه، لعموم حديث جابر المتقدم.

٢١٠٢ ـ وروى عبد الله بن أحمد رحمه الله في المسند عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور[2].

٢١٠٣ ـ وروى الطحاوي بسنده عن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء. قال بعض الحذاق من المحدثين: ورواته ثقات. ولا ريب عند الأصحاب أن المذهب ما تقدم.

ـ (الشرط الرابع): أن ينتقل الشقص بعوض مالي، وتحريره أنه إن انتقل بغير عوض ـ كالإرث والوصية ونحوهما ـ لم تثبت الشفعة عندنا بلا نزاع، وإن انتقل بعوض مالي ـ كالبيع، والهبة بشرط الثواب، ونحوهما ـ ثبتت الشفعة بلا نزاع، وإن انتقل بعوض غير مالي ـ كالصداق، والصلح عن دم العمد، ونحوهما ـ فوجهان، أشهرهما عند القاضي وأكثر أصحابه لا، (والثاني) ـ واختاره ابن حامد، وأبو الخطاب في الانتصار ـ نعم، وعليه هل يأخذ الشقص بقيمته أو بالدية ومهر المثل؟ فيه وجهان، والله أعلم.

قال: ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له.

ش: إذا ثبتت الشفعة فهل حق المطالبة بها على الفور أو التراخي؟ فيه روايتان (إحداهما) ـ وهي المشهورة، والمختارة عند الأصحاب ـ أنه على الفور، فلو أخره من غير عذر سقطت شفعته.

٢١٠٤ ـ لأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «الشفعة لمن واثبها» ولأن ثبوته على التراخي ربما أضر بالمشتري، لعدم استقرار ملكه، (والثانية) ـ واختارها القاضي يعقوب ـ أنه على التراخي، كخيار العيب، (فعلى الأولى) هل يتقيد بساعة العلم ـ وهو ظاهر كلام الخرقي، وأحمد، واختيار أبي محمد، لظاهر الحديث ـ أو يتقيد بمجلس العلم ـ

(١) أخرجه مسلم ١١/ ٤٥، وأبو داود حديث ٣٥١٣، والنسائي ٧/ ٣٠١، وأحمد ٣/ ٣١٦.
(٢) المسند ٥/ ٣٢٦.

اختاره ابن حامد، والقاضي وأصحابه، وحكاه ابن الزاغوني رواية عن أحمد، إذ حالة المجلس في حكم حالة العقد ـ؟ فيه قولان، وعلى الفورية متى كان التأخير لعذر لم تسقط شفعته، كأن يعلم ليلاً فيؤخر إلى الصبح، أو لأكل، أو شرب لجوع أو عطش به، أو ليخرج من الحمام، أو ليأتي بالصلاة وسننها، أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها، ونحو ذلك.

وقد نبه الخرقي على ذلك بقوله: ومن كان غائباً وعلم بالبيع في وقت قدومه، فله الشفعة وإن طالت غيبته.

ش: لأن الغائب معذور، إذ الحكم لا يثبت في حقه إلا بعد العلم، فإذا علم ثبت الحكم في حقه، ومثله المحبوس، والمريض، ونحوهما ممن لم يعلم بالبيع لعذر، والله أعلم.

قال: وإن علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له.

ش: إذا علم وهو في السفر بالشفعة، فأشهد على الطلب بها فهو على شفعته، لأنه قد علم منه أنه غير تارك لها، بل مطالب، وكذلك إن لم يشهد لتعذر الشهود ونحو ذلك، لمقام العذر، وإن لم يشهد مع وجود من تقبل شهادته سقطت شفعته، كما لو أخر الطلب مع حضوره، نعم إن ترك الإِشهاد وسار في الطلب ففيه وجهان، (السقوط) وهو ظاهر كلام أحمد، والخرقي، لأن السير يكون للطلب وغيره، فلا يتبين إلا بالإِشهاد (وعدمه) لأن الظاهر أن السير للطلب، وينبغي أن يكون حكم سير وكيله حكم سيره، وإذا أشهد ثم أخر القدوم مع إمكانه بطلت شفعته عند القاضي، ولم تبطل على ظاهر كلام الخرقي، وكذلك الوجهان إن أخر الطلب بعد القدوم والإِشهاد، ومقتضى كلام الخرقي أن الإِشهاد إنما يكتفى به في السفر إناطة بالعذر، وأبو البركات جعل الشرط أحد شيئين الإِشهاد، أو المضي المعتاد، والله أعلم.

قال: فإن لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثة فأكثر، كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم، فإن طالب الأول رجع عليه الثاني بالثمن الذي أخذه منه، والثالث على الثاني.

ش: هذا تفريع على القول بالفورية كما هو المذهب، فإذا لم يعلم الشفيع بالبيع حتى تبايع ذلك الشقص اثنان، أو ثلاثة، أو أكثر من ذلك، فإن للشفيع أن يطالب بالشفعة من شاء منهم، لأن سبب الشفعة الشراء، وقد وجد من كل واحد منهم، فإن طالب الأول فسخ عقد من بعده، وإذاً يرجع الثاني بالثمن على الأول، لأنه لم يسلم له المبيع، ويرجع الثالث على الثاني أيضاً لذلك، وعلى هذا، وإن طالب الثاني أخذ بما اشتراه به، واستقر عقد الأول، وفسخ عقد الثالث، فيرجع الثالث على الثاني بالثمن لما تقدم وإن طالب الثالث أخذ بما اشتراه به، واستقر عقد الأولين، وجعل ابن أبي

موسى هذا الحكم إذا لم يكن الشقص في يد واحد منهم بعينه، أما إن كان في يد أحدهم فالمطالبة له وحده.

ومقتضى كلام الخرقي أن المشتري يصح تصرفه في الشقص المبيع قبل أخذ الشفيع، أو قبل علمه، وهو صحيح، لأن قصاراه أن يكون قد ثبت فيه حق تملك، وذلك لا يمنع التصرف، بدليل الابن يتصرف في العين الموهوبة له، وإن جاز لأبيه الرجوع فيها، وقيد أبو البركات ذلك بما قبل الطلب، فلعله بنى ذلك على أن الأخذ يحصل بالطلب، وهو رأي القاضي، وأبي الخطاب، بشرط الملاءة بالثمن، وعند أبي محمد لا يملكه إلا بالأخذ، أو ما يدل عليه، نحو: أخذته بالثمن، أو تملكته. وعند ابن عقيل لا يملكه إلا بدفع الثمن، وعلى رأي الجميع لا يفتقر إلى حكم حاكم، وفي التذكرة أن يفتقر، والله أعلم.

قال: وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة.

ش: الشفعة تثبت للصبي كما تثبت للبالغ، للعمومات، ولأن ثبوتها لدفع ضرر عن المال، أشبهت خيار العيب، فعلى هذا إن كان فيها حظ فللولي الأخذ بها، بل قال أبو محمد: يجب، لأنه مصلحة من غير مفسدة، والولي عليه رعاية مصالح الصبي. وإن لم يكن فيها حظ فليس له الأخذ، فإن أخذ فهل يصح ـ لأن فيه دفع ضرر عن الصبي في الجملة ـ أو لا يصح ـ لمنعه من الشراء، أشبه ما لو اشترى معيباً يعلم عيبه ـ؟ فيه روايتان، وإن ترك الولي الأخذ بها مطلقاً فهل للصبي إذا بلغ الأخذ بهاوهو ظاهر كلام أحمد ـ في رواية ابن منصور ـ والخرقي، لأن الأخذ حق ثبت له، فلا يسقط بترك غيره، كوكيل الغائب، ـ (أو ليس له الأخذ) ـ وبه كان يفتي ابن بطة، فيما حكاه عنه أبو حفص، لأنه يملك الأخذ، فملك الترك كالمالك ـ (أو إن تركها) الولي والحظ فيها للصبي فله الأخذ، وإن تركها لعدم الحظ سقطت ـ وهو اختيار ابن حامد، . وتبعه القاضي، وعامة أصحابه، لأنه فعل ماله فعله فينفذ، كما لو أخذ مع الحظ ـ؟ ثلاثة أقوال، وحكم المجنون والسفيه حكم الصبي، والله أعلم.

قال: وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه فله ذلك، إذا لم يكن في أخذه ضرر.

ش: إذا بنى المشتري قبل أخذ الشقص، ثم اختار الشفيع الأخذ، فله ذلك للعمومات، ويلزمه أن يدفع إلى المشتري قيمة بنائه، نص عليه أحمد في رواية الجماعة، دفعاً للضرر المنفي عنه شرعاً، قال القاضي وأصحابه والشيخان وغيرهم: أو يقلعه ويضمن نقصه، لأنه في معنى ما تقدم، لزوال الضرر به، هذا إن لم يشأ المشتري أخذ بنائه، فإن أراد أخذ بنائه فقيل: ـ وهو ظاهر كلام الأكثرين، بل الذي جزموا به ـ له ذلك، أضر بالأرض أو لم يضر، لأنه عين ماله، ولا يلزمه طم الحفر، ولا الأرش، قاله القاضي، إذ النقص حدث في ملكه، فلا يقابل بعوض، فعلى هذا

يخير الشفيع بين أخذه ناقصاً بكل الثمن أو تركه، وقال أبو محمد: ظاهر كلام الخرقي أن عليه ضمان النقص الحال بالقلع. قلت: وينبغي أن يزيد إذاً أو بالطم.

وظاهر كلام الخرقي امتناع الأخذ على المشتري مع الضرر بالأرض، إذ الضرر لا يزال بالضرر، وتبعه على ذلك ابن عقيل في التذكرة، فعلى هذا يبقى التخيير السابق للشفيع، فلو امتنع منه سقط حقه، وحكم الغراس حكم البناء.

(تنبيهان): (أحدهما): يتصور بناء المشتري على القول بالفورية في صور، (منها) إذا أظهر المشتري زيادة في الثمن، أو أن الشقص موهوب له، أو أن الشراء لفلان فقاسمه، بناء على ذلك، أو لجهل الشفيع بثبوت الشفعة له، قاله ابن الزاغوني، أو قسم عليه لصغره مع الولي، أو لغيبته إن قلنا: الحاكم يقسم على الغائب، وغرس أو بنى ثم بان للشفيع الحال، أو قدم، أو بلغ.

(الثاني): في كيفية تقويم البناء، قال أبو محمد: الظاهر أن الأرض تقوم وفيها البناء، ثم تقوم خالية، فما بينهما قيمة البناء، فيدفع إلى المشتري إن أحب الشفيع، أو ما نقص نه إن اختار القلع، لا قيمته مستحقاً للبقاء، ولا قيمته مقلوعاً، والله أعلم.

قال: وإن كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك، وإن كان عرضاً أعطاه قيمته.

ش: الشفيع يأخذ الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد.

٢١٩٥ ـ لأن في بعض ألفاظ حديث جابر «هو أحق به بالثمن» رواه الجوزجاني ولأن الشفيع يستحق أخذ الشقص، فيستحقه بالثمن كالمشتري، إذا تقرر هذا فإذا وقع العقد على مثلي ـ كالدراهم، والدنانير، والمكيلات، والموزونات ـ أخذ بمثله لمماثلتِه له صورة ومعنى، وإن وقع العقد على غير مثلي ـ كالثياب والحيوان ـ أخذ بقيمته وقت العقد، لتعذر مثله، ولعل الخرقي إنما خص بالدراهم والدنانير بوجوب المثل لغلبة وقوع البيع بهما، بخلاف غيرهما من المثليات.

وقول الخرقي: وإن كان الشراء وقع بعين. إلى آخره، يستثنى منه ما إذا وقع العقد على ثمن ثم زيد فيه أو نقص في مدة الخيارين، فإن الاعتبار بما استقر عليه العقد، لا بما وقع العقد عليه، والله أعلم.

قال: وإن اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري، إلا أن يكون للشفيع بينة.

ش: إذا اختلفا في الثمن، فقال المشتري: اشتريته بمائة. وقال الشفيع: بل بخمسين. مثلاً، فالقول قول المشتري، إذا الشفيع يدعي الاستحقاق بالثمن الأول، والمشتري ينكره، والقول قول المنكر مع يمينه، ولأن المشتري هو العاقد، فهو أعلم بصفة العقد، فإن كانت للشفيع بينة فالقول قوله، وكذلك إن كانت للمشتري بينة، وإذاً لا يمين عليه، ولو أقاما بينتين بما ادعياه، فقال الشريف: تقدم بينة الشفيع، لأنه

خارج، وهو ظاهر كلام الخرقي، وقيل: يتعارضان، والله أعلم.

قال: وإن كانت دار بين ثلاثة، لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، وللآخر سدسها، فباع أحدهم، كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما.

ش: الصحيح المشهور من الروايتين أن الشفعة تستحق على قدر الأملاك، اختاره الخرقي، وأبو بكر، وأبو حفص، والقاضي، وجمهور أصحابه، لأنه حق يستفاد بالملك، فكان في حال الاشتراك على قدره كالغلة، (والرواية الثانية): أنه على عدد الملاك، اختارها ابن عقيل، إذ لو انفرد كل واحد لاستحق الجميع، فإذا اجتمعوا تساووا، كالبنين في الميراث، (فعلى الأول) تنظر مخرج سهام الشركاء، وتأخذ السهم المشفوع فتقسمه على عدد سهام الشفعاء، ففي هذا المثال الذي ذكره الخرقي، مخرج السهام ستة، فإذا باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة. فالسهم المشفوع بينهم على ثلاثة، لصاحب الثلث سهمان، ولصاحب السدس سهم، فيصير العقار بينهم على ثلاثة، ولو باع صاحب الثلث كان نصيبه بينهم أرباعاً، ولو باع صاحب السدس كان نصيبه بينهم أخماساً، وعلى القول الثاني يقسم السهم المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال، والله أعلم.

قال: فإن ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك.

ش: إذا ترك أحد الشركاء شفعته لم يكن لبقية الشركاء أن يأخذوا إلا الكل، لما في أخذ البعض من التشقيص على المشتري، وقد حكى ذلك ابن المنذر إجماعاً، فلو كان الشركاء غائبين، فقدم أحدهما، لم يكن له أيضاً أن يأخذ إلا الكل أو يترك، ثم إذا أخذ الكل، فقدم آخر قاسمه أو عفى، ثم إذا قدم ثالث قاسم الأولين أو عفى، فيبقى ما كان يستحقه للأولين، والله أعلم.

قال: وعهدة الشفيع على المشتري، وعهدة المشتري على البائع.

ش: العهدة في الأصل كتاب الشراء، ويقال: عهدته على فلان. أي ما أدرك فيه من درك فإصلاحه عليه، والمراد هنا أن الشقص إذا ظهر مستحقاً أو معيباً فإن الشفيع يرجع بالثمن أو بأرش العيب على المشتري، إذ الشفيع تملكه من جهته، فرجع عليه لكونه بائعه، ثم يرجع المشتري على البائع، لما تقدم في الشفيع مع المشتري، ويستثنى من ذلك إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري، وقلنا بثبوت الشفعة، فإن العهدة إذاً على البائع، لحصول الملك له من جهته، والله أعلم.

قال: والشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها.

ش: إذا لم يطالب الشفيع بالشفعة لم تورث عنه على المنصوص المشهور، وعليه الأصحاب، لأنه نوع خيار للتمليك، أشبه خيار القبول، ولأنا لا نعلم بقاءه على شفعته، لاحتمال رغبته عنها، ولا ينتقل للورثة ما يشك في ثبوته، وخرج أبو الخطاب

قولاً بالإرث، بناء على رواية إرث الأجل، أما إن طالب فيورث عنه بلا نزاع، أما على رأي القاضي ومن تبعه فواضح، وأما على رأي ابن عقيل، وأبي محمد، ومن تبعهما فلأنه قد علم بمطالبته بقاؤه على شفعته واختياره.

واعلم أنه قد اختلف تعليل أحمد رحمه الله في إبطال الشفعة بالموت، فقال في رواية أبي طالب: الشفعة لا تورث، لعله لم يكن يطلبها، فجعل العلة عدم العلم برغبة الميت، قال القاضي في التعليق. فعلى هذا لو علم الوارث أنه راغب فيها، كان له المطالبة وإن لم يطالب الميت، وقال في رواية ابن القاسم: إنها تجب بالطلب، وإذا تركت لم تجب، كيف تورث وأصحابها تركوها؟، قال القاضي: وظاهر هذا أنه جعل العلة ترك المطالبة من الميت، لأنها تسقط بتركها، قال: فعلى هذا لو مات قبل العلم بالبيع ـ لسفر أو غيره ـ كان للوارث المطالبة. انتهى وقد تحرر من هذا أنها تورث بالمطالبة بلا نزاع، وبما إذا لم يعلم الشفيع بالبيع على رواية، وعلى أخرى إذا علم منه الرغبة في الأخذ، وإذاً ينبغي أن يكون القول قول الوارث في ذلك مع يمينه، والله أعلم.

قال: وإذا أذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك.

ش: إذا أسقط الشريك شفعته قبل البيع، أو وجد منه ما يدل عليه، كالإذن في البيع ونحو ذلك لم تسقط شفعته، نص عليه أحمد، معللاً بأن الشفعة إنما وجبت له بعد البيع، وعلى هذا الأصحاب، ونقل عنه إسماعيل بن سعيد أن القول بالإسقاط ليس ببعيد، معتمداً على الحديث المتقدم «لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» فظاهره أن الترك يسقط الشفعة، وقد أكده مفهوم قوله ﷺ: «فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» فمفهومه أنه إن باعه وقد آذنه فلا حق له، وهذا ظاهر، والله أعلم.

قال: ولا شفعة لكافر على مسلم.

ش: لأنه معنى يختص به العقار، أشبه الاستعلاء في البنيان.

٢١٠٦ ـ وقد روى الدارقطني في كتاب العلل عن أنس، أن النبي ﷺ قال: «لا شفعة لنصراني»[1] ومفهوم كلام الخرقي أن الشفعة تثبت للمسلم على الذمي، لأنها إذا ثبتت للمسلم على المسلم، فللمسلم على الكافر أولى، ومفهومه أيضاً أنها تثبت للذمي على الذمي، وذلك للعمومات، وشمل كلام الخرقي من حكم بكفره من أهل البدع، فإنه لا شفعة له على مسلم.

(تنبيه): قال أحمد في رواية حنبل: لا نرى شفعة في أرض السواد.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/١٠٨.

٢١٠٧ ـ وذلك لأن عمر رضي الله عنه وقفها، وكذلك كل أرض وقفها عمر، كأرض الشام ومصر، قال أبو محمد: إلا أن يحكم ببيع ذلك حاكم، أو يفعله الإمام أو نائبه، فتثبت الشفعة، لأنه مختلف فيه، وحكم الحاكم ينفذ في المختلف فيه، والله أعلم.

كتاب المساقاة

المساقاة مفاعلة من السقي سميت بذلك لاحتياج أهل الحجاز إلى السقي من الآبار، وهي في الاصطلاح قال أبو محمد: عبارة عن أن يدفع الرجل شجره إلى آخر، ليقوم بسقيه وما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره، وليس بجامع، لخروج ما يدفعه إليه ليغرسه ويعمل عليه، ولا بمانع، لدخول ما له ثمر غير مقصود كالصنوبر.

٢١٠٨ ـ والأصل في جوازها ما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، قال: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر[١]، متفق عليه.

٢١٠٩ ـ وقال البخاري: قال قيس بن مسلم، عن أبي جعفر رضي الله عنهم قال: ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث أو الربع، وزارع علي، وسعد بن مالك، وابن مسعود، وعمر بن عبد العزيز، والقاسم، وعروة، وآل أبي بكر، وآل عمر، وآل علي قال: وعامل عمر الناس على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاؤا بالبذر فلهم كذا، ومثل هذا لا يقصر عن رتبة الإِجماع. والله أعلم.

قال: وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم، بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر.

ش: تجوز المساقاة في النخل والكرم، وكل شجر له ثمر مقصود، لعموم ما تقدم من حديث ابن عمر، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة على الشجر، فأشبه النخل والكرم، ويشترط أن يكون بجزء مشاع معلوم، كالثلث، والربع، والعشر، ونحو ذلك، للحديث، لا على صاع أو آصع، أو ثمرة نخلة بعينها، لما فيه من الغرر، إذ يحتمل أن لا يحصل إلا ذلك فيتضرر رب الأصل، ويحتمل أن يكثر الحاصل فيتضرر العامل.

٢١١٠ ـ وفي الصحيحين عن رافع بن خديج رضي الله عنه، قال: كنا أكثر الأنصار حقلاً، فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهانا عن ذلك رسول الله ﷺ، فأما الورق فلم ينهنا[٢]. ولا على جزء مبهم كنصيب ونحوه، للغرر المنهي عنه شرعاً.

ومقتضى كلام الخرقي أن التسمية تكون للعامل، لأن المالك يستحق بالأصل، فلو كانت التسمية للمالك ـ كأن قال: لي النصف ـ فهل تصح، ويكون الباقي للعامل،

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٢٨٥، ومسلم ٢٠٨/١٠.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٣٢٧، ومسلم ٣٠٦/١٠.

أو لا تصح؟ فيه وجهان، ومقتضى كلامه أنها لا تصح على ما لا ثمر له، وهو صحيح، إذ ليس منصوصاً عليه، ولا في معنى المنصوص عليه، وكذلك ما له ثمر غير مقصود، نعم إن قصد ورقه كالتوت، أو زهره كالورد ونحوه، فقال أبو محمد: القياس جواز المساقاة، عليه، لأنه في معنى المنصوص، وقد يقال: إن المنصوص يشمله، وقوله: الثمر «أل» بدل من المضاف إليه، أي من ثمرتها، فلو شرط له ثمرة نخل غير التي ساقاه عليها لم يصح، وكذلك لو جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها، لمخالفة ذلك لموضوع المساقاة، والله أعلم.

قال: ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم.

ش: إذا شرط له جزءاً معلوماً ـ كالربع مثلاً ـ ومائة درهم لم يصح، لأنه في معنى شرط آصع، إذ يحتمل أنه لا يحدث من النماء ما يساوي تلك الدراهم، فيتضرر رب المال، وبطريق الأولى لو شرط له دراهم منفردة عن جزء لما تقدم، ولمخالفة موضوعها، والله أعلم.

قال: وتجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض.

ش: المزارعة دفع الأرض إلى من يزرعها، ويعمل عليها بجزء مشاع معلوم مما يخرج منها لما تقدم من حديث ابن عمر، وقصة أبي جعفر.

٢١١١ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ دفع خيبر أرضها ونخلها مقاسمة على النصف[(١)]، رواه أحمد، وابن ماجه. والله أعلم.

قال: إذا كان البذر من رب الأرض.

ش: المشهور عن أحمد رحمه الله كما قال الخرقي أنه يشترط كون البذر من رب الأرض، وعلى هذا عامة الأصحاب، حتى أن القاضي وكثيراً من أصحابه لم يذكروا خلافاً، لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه، فوجب أن يكون رأس المال كله من أحدهما، كالمساقاة والمضاربة.

ونقل عنه مهنا ما يدل على جواز كون البذر من العامل، واختاره أبو محمد.

٢١١٢ ـ لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أعطي خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها، رواه البخاري[(٢)]، ولمسلم وأبي داود والنسائي: دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها، على أن يعتملوها من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرتها[(٣)]. وقد تقدم عن عمر أنه قال: وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا. والله أعلم.

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٤٦٨، وأحمد ١/ ٢٥٠.

(٢) صحيح البخاري حديث ٢٢٨٥.

(٣) أخرجه مسلم ١٠/ ٢١٢، وأبو داود حديث ٣٤٠٩، والنسائي ٧/ ٥٣.

قال: وإن اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما ما بقي لم يجز، وكانت للمزارع أجرة مثله.

ش: إذا اتفقا على أن رب الأرض يأخذ مثل بذره ويقتسما ما بقي لم يجز، لأنه بمنزلة ما لو اشترط آصعا معلومة، إذ ربما لا تخرج هذه الأرض إلا مقدار البذر، فيذهب عمل العامل مجاناً، وإذاً يفسد هذا الشرط، ويفسد به العقد، لأنه يعود بجهالة نصيب كل منهما، وإذا فسد العقد كان الزرع لصاحب البذر، لأنه عين ماله، سيما والأرض أرضه، وعليه للعامل أجرة مثله، لأنه إنما دخل للعمل ولم يسلم له، والله أعلم.

قال: وكذلك تبطل إن أخرج المزارع البذر، ويصير الزرع للمزارع، وعليه أجرة الأرض.

ش: هذا تصريح منه بالبطلان في المسألة السابقة، وإنما بطلت المزارعة هنا ـ إذا أخرج المزارع البذر ـ لما مر من أن شرط صحة المزارعة كون البذر من رب الأرض، فإذا فات الشرط فات المشروط، وإذاً يصير الزرع للمزارع، لأنه عين ماله، وعليه أجرة الأرض، لأن ربها إنما بذلها بعوض ولم يسلم له، والله سبحانه أعلم.

كتاب الإِجارة

قال في المغني: إنها مشتقة من الأجر وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجراً، وحدها في الوجيز بأنها: عوض معلوم، في منفعة معلومة، من عين معينة أو موصوفة في الذمة، أو في عمل معلوم. وليس بمانع، لدخول الممر وعلو بيت ونحوه والمنافع المحرمة.

والأصل في جوازها قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وقوله تعالى حكاية عن صاحب موسى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ﴾ [القصص: ٢٧] الآية.

٢١١٣ ـ قال ﷺ: «إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثماني حجج أو عشراً، على عفة فرجه، وطعام بطنه»(١) رواه أحمد وابن ماجه.

٢١١٤ ـ وعن عائشة رضي الله عنها في حديث الهجرة قالت: واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلاً هادياً خريتا ـ والخريت الماهر بالهداية ـ وهو على دين كفار قريش، وأمناه فدفعا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث فارتحلا(٢). رواه أحمد والبخاري.

٢١١٥ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم» فقال أصحابه: وأنت؟ قال: «نعم كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة»(٣) رواه أحمد والبخاري والإِجماع على ذلك إلا ما حكي عن الأصم ولا عبرة به، والله أعلم.

قال: وإذا وقعت الإِجارة على مدة معلومة، بأجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع، وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد، إلا أن يشترطا أجلاً.

ش: الإِجارة على ضربين (أحدهما) أن تقع على عين موصوفة أو معينة، مدة معلومة، كأجرتك هذه الدار شهراً، ونحو ذلك (والثاني): أن تقع على عمل معلوم، كبناء حائط، وخياطة ثوب، وحمل إلى موضع معين، ونحو ذلك، والمقصود هنا هو الأول.

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٤٤٤.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٢٦٣.

(٣) أخرجه البخاري حديث ٢٢٦٢، وابن ماجه حديث ٢١٤٩.

واعلم أن الإجارة لها ثلاثة أركان (الركن الأول) العاقد، ولم يذكره الخرقي لوضوحه، إذ شرط العاقد في جميع العقود كونه جائز التصرف (الثاني) المعقود عليه، وهو المنفعة والأجرة، (أما المنفعة) فمن شرطها أن تكون معلومة، فإذا كانت على مدة كما قال الخرقي اشترط كونها معلومة، كشهر كذا ونحو ذلك، بلا خلاف نعلمه، ولو علقها على ما يقع اسمه على شيئين كالعيد وجمادى، فهل يصح وينصرف إلى الأول منهما ـ وهو رأي أبي محمد ـ أو لا يصح حتى يعين ذلك ـ وهو رأي القاضي ـ؟ فيه وجهان.

وظاهر كلام الخرقي أنه لا يشترط في المدة أن تلي العقد وهو صحيح، وإذاً لا بد من ذكر الابتداء كالانتهاء، فلو أطلق فقال: أجرتك هذه الدار شهراً، فهل يصح، ويكون ابتداؤه من حين العقد ـ وهو اختيار أبي محمد ـ أو لا يصح حتى يسمي الشهر ـ وهو منصوص أحمد، وبه قطع القاضي وكثيرون ـ؟ فيه قولان.

وظاهر كلامه أيضاً أنه لا تقدير لأكثر مدة الإجارة، فتجوز إجارة العين مائة سنة وأكثر، إذا غلب على الظن بقاؤها فيها، وهذا المذهب، وقد نص أحمد على جواز عشر سنين، وقيل: ـ واختاره ابن حامد ـ يتقيد ذلك بسنة، فلا يجوز أكثر منها، وقيل: بل بثلاثين سنة.

(وأما الأجرة) فمن شرطها أيضاً أن تكون معلومة كالثمن في المبيع.

٢١١٦ ـ وقد روي عن أبي سعيد رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره. رواه أحمد[١]، ثم هل يشترط العلم بقدر رأس المال وصفته، أو تكفي مشاهدته؟ فيه وجهان.

(الركن الثالث): المعقود به وهو الصيغة، وتنعقد بلفظ الإجارة والكراء، وكذا ما في معناهما على الصحيح، وهل تنعقد بلفظ البيع؟ فيه وجهان، أصلهما هل هي نوع من البيع أو شبيهة بالبيع.

إذا تقرر هذا وصحت الإجارة فقال الخرقي: فقد ملك المستأجر المنافع. ولا ريب في هذا.

٢١١٧ ـ وقد نص عليه أحمد، محتجاً بأن ابن عمر رضي الله عنهما اكترى جمالاً ثم صارف الجمال، ولو لم يكن قد ملكها لم تصح مصارفته، فظاهر احتجاجه إنما هو في الأجرة، لأنها أحد العوضين فإذا ملكت ملك الأجر، وأيضاً فإن المؤجر يملك التصرف في هذه المنفعة كما يتصرف في العين، فإذا أجرها ملك المستأجر منها ما كان يملك المؤجر، وإذا ملك المستأجر المنافع حين العقد ملك المؤجر جميع الأجرة إذاً، لأنها أحد العوضين فيملك بما يملك به الآخر. إذ المعارضة مبناها

(١) المسند ٣/ ٥٩.

المعادلة، فإذا ملك المستأجر المنفعة ملك المؤجر الأجرة.

واعلم أن الأجرة وإن ملكت بالعقد فإنها لا تستقر إلا بمضي المدة، ولا يستحق تسليمها إلا بعد تسليم المعقود عليه، فإذا كانت على عين إلى مدة ـ وهو الذي ذكره الخرقي ـ فلا يجب تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العين، وإن كانت على عمل في الذمة فلا يجب تسليم أجرته إلا بعد تسليم العمل، وعلى هذا وردت النصوص، نحو قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فإن الإرضاع عمل في الذمة، فإذا سلمته وجب إيتاؤها أجرتها.

٢١١٨ ـ وما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «يقول الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً وأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره»[١] رواه أحمد والبخاري.

٢١١٩ ـ وروى أيضاً في حديث له عن النبي ﷺ أنه يغفر لأمته في آخر ليلة من رمضان، قيل: يا رسول الله أهي ليلة القدر؟ قال: «لا ولكن العامل إنما يوفى أجره إذا قضى عمله» رواه أحمد[٢]. فهذه النصوص ظاهرها أنها على عمل في الذمة. هذا كله إن لم يوجد شرط لفظي أو عرفي يقتضي التأخير أو التعجيل، فإنه يعمل بمقتضاه، فلو أجره داره شهراً بمائة درهم تحل في آخره، أو أجره على خياطة ثوب بدرهم الآن، عمل على ذلك، وعلى هذا يحمل قول ابن أبي موسى، وإن استؤجر كل يوم بأجر معلوم، فله أجر كل يوم عند تمامه، إذ عرف الناس المطرد في ذلك أنهم إذا استأجروا إنساناً شهراً كل يوم بكذا، فإنهم يعطونه الأجرة في آخر كل يوم، فيجري هذا مجرى الشرط، ولو لم يحمل على هذا لكان ظاهره مخالفاً لقول الخرقي والأصحاب، كما أن ظاهر قول الخرقي: وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد، إلا أن يشترطا أجلاً. يقتضي أن الأجرة المؤجلة لا تملك حين العقد، وفيه نظر، إذ صرح القاضي في تعليقه في الجنايات بأن الدين في الذمة غير مؤجل، بل ثابت في الحال، وإن تأخرت المطالبة به، وإذاً ينبغي أن يكون تقدير كلامه: وملكت عليه الأجرة، ووجب تسليمها إن سلمت العين، إلا أن يشترطا أجلاً فلا يجب التسليم، فيكون الاستثناء من مقدر، والله أعلم.

قال: وإذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم، لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضي كل شهر.

ش: قد تضمن كلام الخرقي رحمه الله صحة نحو هذه الإجارة، وهو

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٢٢٧، وأحمد ٢/٣٥٨.
(٢) المسند ٢/ ٢٩٢.

المنصوص من الروايتين، واختيار القاضي، وعامة أصحابه، والشيخين.

٢١٢٠ ـ لما روي عن علي رضي الله عنه قال: جعت مرة جوعاً شديداً، فخرجت أطلب العمل في عوالي المدينة، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدراً، فظننتها تريد بله، فقاطعتها كل ذنوب على تمرة، فمددت ستة عشر ذنوباً، حتى مجلت يداي، ثم أتيتها فعدت لي ست عشرة تمرة، فأتيت النبي ﷺ فأخبرته فأكل معي منها. رواه أحمد[1]، ووزان هذا إذا باعه الصبرة كل قفيز بدرهم، فالعلم بالثمن يتبع العلم بالمثمن، كذلك هنا، العلم بالأجر يتبع العلم بالمنفعة.

(والرواية الثانية) ـ واختارها أبو بكر، وابن حامد وفي الكافي أبو بكر، وجماعة من أصحابنا ـ بطلان ذلك، نظراً إلى أن المدة مجهولة، ، إذ «كل» اسم للعدد، فإذا لم يقدره كان مجهولاً، فعلى الأولى الإِجارة تلزم في الشهر الأول وتكون فيما بعده مراعاة، فلكل واحد منهما أن يفسخ عند رأس كل شهر، بأن يقول: فسخت الإِجارة في الشهر المستقبل. ونحو ذلك، فلو لم يفسخ حتى دخل الشهر الثاني لزم العقد فيه، وكذلك الثالث، هذا مقتضى كلام الخرقي، وأبي الخطاب في الهداية، وابن عقيل في التذكرة، وأبي محمد في كتبه، وقد صرح بذلك ابن الزاغوني فقال: تلزم بقية الشهور إذا شرع في أول الجزء من ذلك الشهر، وقال القاضي: له الفسخ في جميع اليوم الأول من الشهر الثاني، وبه قطع أبو البركات، وأورده ابن حمدان مذهباً، والله أعلم.

قال: ومن استأجر عقاراً مدة بعينها فبدا له قبل تقضيها لزمته الأجرة.

ش: من شرط صحة استئجار العقار أن يكون على مدة معينة، ولا بد أيضاً أن يكون معلوماً برؤية، ولا تكفي الصفة، لعدم تأتيها على ذلك، إذا تقرر ذلك، فمتى بدا للمستأجر الفسخ قبل تقضي المدة لم تنفسخ، لأن الإِجارة عقد لازم من الطرفين، إذ هي أحد نوعي البيع، وإذاً لا يملك أحد المتعاقدين فسخه، فإذا فسخ المستأجر فوجود ذلك كعدمه، في بقاء الأجرة عليه، وفي ثبوت المنفعة له، والله أعلم.

قال: ولا يتصرف مالك العقار فيه إلا عند تقضي المدة.

ش: لا يتصرف مالك العقار فيه إذا فسخ المستأجر الإِجارة أو لم يفسخها إلا إذا انقضت المدة، لما تقدم من أن الفسخ لا ينفذ، وأن المنفعة باقية على ملكه، وبطريق الأولى إذا لم يفسخ، فإن تصرف فإن كان قبل تسليم العين فقال: أبو محمد تنفسخ الإِجارة. وإن كان بعده ـ كما إذا أكراه داراً سنة وسلمها له فسكن شهراً، ثم ترك السكنى فتصرف المالك فيها ـ فهل تنفسخ الإِجارة فيما تصرف فيه أولاً ويكون للمستأجر عليه أجرة المثل؟ فيه احتمالان، والله أعلم.

قال: فإن حوله المالك قبل تقضي المدة لم يكن له أجرة لما سكن.

---

(١) المسند ١/ ١٣٥.

ش: إذا حول المؤجر المستأجر قبل انقضاء المدة المعقود عليها، لم يكن للمؤجر أجرة لما سكن، نص عليه أحمد وعليه الأصحاب لأنه لم يسلم إليه المعقود عليه، فلم يستحق شيئاً، كما لو استأجره ليحفر له عشرين ذراعاً، فحفر عشرة، وامتنع من حفر الباقي، وحكى أبو محمد في المقنع احتمالاً بأن عليه من الأجرة بقسطه، لأن استيفاءه حصل على وجه المعاوضة، أشبه المبيع إذا استوفى بعضه، ومنعه المالك بقيته، والله أعلم.

قال: وإن جاء أمر غالب، يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد، لزمه من الأجرة بمقدار مدة انتفاعه.

ش: قد تقدم أن المعقود عليه المنفعة، فإذا جاء أمر منع المستأجر من استيفاء المنفعة المعقود عليها، وكان قد انتفع، فإن عليه من الأجرة بقدر ما انتفع، لحصول المعقود عليه، والتمكن من استيفائه شرعاً، فأشبه ما لو استوفى جميع المنفعة، ولا يلزمه أجرة لما يستقبل، لعدم حصول المعقود عليه، إذ حصولها إنما هو باستيفائها أولاً فأول، وقد تعذر ذلك، وصار هذا كما لو اشترى صبرتين، فقبض إحداهما وتلفت الأخرى بأمر سماوي قبل قبضها، ثم إن كانت أجرة المدة متساوية، وقد استوفى نصف المدة مثلاً، ومنع من باقيها، فعليه نصف الأجرة، وإن اختلفت كأن يكون أجرها في الصيف أكثر من أجرها في الشتاء، أو بالعكس، فإن الأجر المسمى يقسط على ذلك، فإذا قيل: إن أجرها في الصيف يساوي مائة درهم، وأجرها في الشتاء يساوي خمسين، وكان قد سكن الصيف، كان عليه بقدر ثلثي المسمى.

إذا تقرر هذا فاعلم أن الأمر الغالب الذي ذكره الخرقي له صور (إحداهما) إذا تلفت العين، ثم إن كان تلفها قبل التسليم، أو بعده، وقبل مضي مدة لها أجر، فإن الإجارة تنفسخ، وإن كان بعد التسليم ومضي مدة لها أجر، انفسخ فيما بقي، واستقر ما مضى، وهذه الصورة مما يدل عليه كلام الخرقي، لكن ليس في كلامه رحمه الله تعرض للفسخ ولا لعدمه، وظاهره الفسخ، (الصورة الثانية): أن يحدث للعين ما يمنع استيفاء معظم المعقود عليه مع بقائها، كدار انهدمت وأرض انقطع ماؤها، ونحو ذلك، فهل تنفسخ الإجارة ـ وهو مقتضى كلام الخرقي، وبه قطع ابن أبي موسى، والشيرازي، وابن البنا، ذكروه في الدار، واختاره أبو محمد، لأن المقصود بالعقد قد فات، أشبه ما لو تلف ـ (أو لا تنفسخ)، بل يثبت للمستأجر خيار الفسخ ـ وهو قول القاضي في الدار، وصححه القاضي في التعليق، لإمكان الانتفاع بالعرصة، بنصب خيمة، أو جمع حطب، ونحو ذلك، أشبه نقص العين ـ؟ فيه وجهان، أما لو زال نفعها بالكلية، أو الذي بقي فيها لا يباح استيفاؤه بالعقد، كدابة مؤجرة للركوب، صارت لا تصلح إلا للحمل، فإن الإجارة تنفسخ وجهاً واحداً، (الصورة الثالثة) إذا غصب العين غاصب، فيخير المستأجر بين الفسخ والرجوع بما يقابل ما بقي من

المدة، وبين الإمضاء ومطالبة الغاصب بأجرة المثل، وخرج أبو الخطاب الانفساخ إن قيل بعدم تضمين منافع المغصوب، ويحتمله كلام الخرقي هنا، (الصورة الرابعة) إذا حدث خوف عام، منع المستأجر من استيفاء المنفعة، أو حصرت البلد، فامتنع المستأجر من الخروج إلى الأرض المؤجرة، أو اكترى للحج فلم يحج الناس ذلك العام، ونحو ذلك، فإن للمستأجر خيار الفسخ.

ومقتضى كلام الخرقي رحمه الله أنه لو حدث أمر يمنع المستأجر من منفعة ما وقع عليه العقد، كأن تعيب المعقود عليه، فإن العقد لا ينفسخ، نعم للمستأجر الخيار بين الفسخ والإمساك بكل الأجرة، ذكره ابن عقيل، وتبعه أبو محمد وغيره، قاله أبو البركات، وقياس المذهب أن له الأرش، ولا يبطل الخيار بالتأخير.

(فائدة) لو أتلف المستأجر العين المؤجرة، ثبت ما تقدم من الفسخ أو الانفساخ، مع تضمين المستأجر ما أتلف، ومثله جب المرأة زوجها تضمن ولها الفسخ، والله أعلم.

قال: ومن استؤجر لعمل شيء بعينه فمرض أقيم مقامه من يعمله، والأجرة على المريض.

ش: هذا أحد نوعي الإجارة، وهو الإجارة على عمل شيء في الذمة، معين برؤية أو صفة، كخياطة هذا الثوب، وبناء حائط طوله كذا وعرضه كذا، وآلته كذا، فمتى مرض المؤجر والحال هذه لزمه أن يقيم مقامه من يعمل ذلك، ليخرج من الحق الواجب في ذمته إيفاؤه، أشبه المسلم فيه، والأجرة عليه، لأنها في مقابلة ما وجب عليه، ويستثنى من ذلك ما إذا شرط عينه، كأن تخيط لي أنت هذا الثوب، فههنا لا يقيم غيره مقامه، بل يخير المستأجر بين الفسخ، والصبر حتى يتبين الحال، والله أعلم.

قال: وإذا مات المكري والمكتري أو أحدهما فالإجارة بحالها.

ش: ولا انفساخ، لأن الإجارة عقد لازم، فلا تنفسخ بتلف العاقد مع سلامة المعقود عليه، كما لو زوج أمته ثم مات، هذا المنصوص عن أحمد، وعليه الأصحاب، وقال أبو محمد في المستأجر إذا لم يكن وارث، أو تعذر استيفاء وارثه، كأن اكترى للحج، ومات في الطريق ـ: إن الإجارة تنفسخ، وزعم أن هذا ظاهر كلام أحمد وشمل كلام الخرقي رحمه الله إذا مات الموقوف عليه، فانتقل الوقف إلى من بعده، فإن الإجارة لا تنفسخ، وهو أحد الوجهين، والوجه الآخر تنفسخ، وهو قول أبي إسحاق بن شاقلا، وأومأ إليه أحمد لا للموت، بل لأن ملكه قد زال، والله أعلم.

قال: ومن استأجر فله أن يسكنه غيره، إذا كان يقوم مقامه.

ش: إذا استأجر عقاراً فله أن يسكنه غيره، لأنه ملك المنفعة، فله أن يتصرف

فيها كيف شاء، كالمشتري إذا ملك المبيع، ، لكن شرط إسكان الغير أن يكون ذلك الغير يقوم مقامه، كما إذا اكترى داراً للسكنى، فله أن يدفعها لمن يسكنها، لا لحداد وقصار يعمل فيها ذلك، وإن اكترى ظهراً للحمل فله أن يركبه مثله، ومن هو أخف منه، لا من هو أثقل منه، وإن اكترى دابة لحمل الحديد، فليس له أني يدفعها لمن يحمل عليها القطن، ونحو ذلك، لأن ذلك غير المعقود عليه، أو زائد عليه، فلا يجوز.

وقد شمل كلام المصنف إسكان الغير على وجه العارية، أو الهبة، أو الإِجارة، وقد اختلف عن أحمد في الإِجارة، فعنه ـ وهو المذهب عند الأصحاب، وظاهر كلام الخرقي ـ الجواز مطلقاً، لما تقدم من أنه ملك المنفعة، ومقتضى ملك المنفعة جواز التصرف فيها كالأعيان، ولأن من جاز له أن يستوفي المنفعة بنفسه جاز له أن يستوفيها بغيره، دليله مالك الرقبة، (وعنه) عدم الجواز مطلقاً، لأنه تصرف فيما لم يدخل في ضمانه فلم يجز، كالتصرف في المكيل والموزون قبل قبض، (وعنه) يجوز بمثل ما اكترى لا بأزيد، حذاراً من أن يربح فيما لم يضمن، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن، فإن فعل تصدق بالزيادة نص عليه، (وعنه) إن عمل فيها عملاً ـ كأن جدد عمارة ونحو ذلك ـ جازت الزيادة، جعلاً لها في مقابلة العمل، وإلا لم تجز، (وعنه) إن أذن له المؤجر في الإِجارة جازت وإلا فلا، كذا الرواية فيما نقله حنبل، وكذلك حكاها القاضي وغيره، وحكى أبو محمد الرواية أنه إن أذن له المؤجر في الزيادة جازت وإلا فلا، ومحل الخلاف فيما بعد القبض، أما قبله فعلى القول بالجواز ثم، فهنا أوجه (الجواز) (وعدمه)، والثالث يجوز للمؤجر دون غيره، والله أعلم.

قال: ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته.

ش: هذا هو المشهور من الروايتين، واختيار القاضي في التعليق الكبير، وجماعة.

٢١٢١ ـ لما روى عتبة بن الندر رضي الله عنه، قال: كنا عند النبي ﷺ فقرأ (طس) حتى بلغ قصة موسى، فقال: «إن موسى أجر نفسه ثماني سنين، أو عشر سنين، على عفة فرجه، وطعام بطنه»[١] رواه أحمد، وابن ماجه، وشرع من قبلنا شرع لنا على المشهور، ولا سيما وقد ذكره مقرراً له، ويعضده وجوب النفقة والكسوة للمرضعة، قال تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ونقل عنه حنبل: أكرهه: معللاً بالجهالة، وهو اختيار القاضي في بعض كتبه أظنه في المجرد، وحمل الكراهة هو وغيره على المنع، بقرينة ما علل به الإِمام، والله أعلم.

قال: وكذلك الظئر.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢١١٣.

ش: الظئر هي المرضعة غير ولدها، وقد ظأره على الشيء. إذا عطفه عليه، وحكمها في استئجارها على الرضاع بطعامها وكسوتها حكم الأجير، فيها الروايتان، إلا أن القاضي قال: لا يختلف قوله هنا في الجواز، ولهذا قيل محل الروايتين في الأجير أما الظئر فيجوز إجارتها بذلك رواية واحدة، لقضية النص.

(تنبيه): إذا صحت الإجارة فهل قدر الطعام والكسوة ما يجب في الكفارة ـ حملا للمطلق من كلام الآدميين، على المقيد من كلام الشارع ـ أو يرجع إلى نفقة مثله وكسوته ـ حملا للمطلق على المتعارف، وهو الذي جزم به أبو البركات ـ؟ فيه روايتان منصوصتان، وقال أبو محمد في المقنع والمغني، وصاحب التلخيص: يرجع في الإطعام إلى الكفارة، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله، وهو تحكم، ثم أبو محمد وغيره يخص المسألة بصورة الاختلاف، وأبو البركات لا يخصها بذلك، وكلام أحمد وقع تارة على هذا، وتارة على هذا، والله أعلم.

قال: ويستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو أمة كما جاء الخبر، إذا كان المسترضع موسراً.

٢١٢٢ ـ ش: الخبر ما روى حجاج بن حجاج الأسلمي، عن أبيه، قال: قلت: يا رسول الله ما يذهب عني مذمة الرضاع؟ قال: «الغرة، العبد أو الأمة»[(١)] رواه أبو داود والترمذي وصححه، والمعنى في ذلك ـ والله أعلم ـ أن الرضاع سبب حياته، وحفظ رقبته، فجعل الجزاء من جنس.

٢١٢٢م ـ الرقبة، ليناسب الشكر النعمة، ولهذا قال النبي ﷺ: «لا يجزي ولده والده إلا أن يجده مملوكاً فيعتقه»[(٢)] والله أعلم.

قال: ومن اكترى دابة إلى موضع فجاوزه، فعليه الأجرة المذكورة، وأجرة المثل لما جاوز.

ش: كما إذا اكترى إلى بلبيس مثلاً، فجاوزه إلى الصالحية، فإن عليه الأجرة المسماة في العقد، لاستيفاء المعقود عليه متميزاً عن غيره، وأجرة المثل للزائد، لأنه متعد في ذلك، فهو كالغاصب، وقد حكى ذلك أبو الزناد عن الفقهاء السبعة، وهذه الصورة متفق عليها، ولا عبرة بما أوهمه كلام أبي محمد في المقنع من وجوب أجرة المثل على قول، ولا ما اقتضاه كلام ابن حمدان من وجوب ما بين القيمتين على قول، وأجرة المثل على قول، فإن القاضي قال: لا يختلف أصحابنا في ذلك. وقد نص عليه أحمد، والله أعلم.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٦٤، والترمذي ١١٦٣.

(٢) أخرجه مسلم ١٠/ ١٥٢، وأبو داود حديث ٥١٣٧، وابن ماجه حديث ٣٦٥٩، وأحمد ٢/ ٢٣٠، ٢٦٣.

قال: وإن تلفت فعليه أيضاً قيمتها.

ش: يعني إذا تلفت في مدة المجاوزة، لأنه إذاً متعد، فضمنها كالغاصب، هذا إذا لم تكن يد صاحبها عليها، أو كانت يده عليها واستكرهه على ذلك، أما لو كانت يد صاحبها عليها، ولم يرض بذلك، فظاهر كلام الخرقي أنه يضمنها أيضاً، وهو ظاهر كلام القاضي في التعليق، والشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، وابن البنا، والشيرازي، وأبي محمد في الكافي، وأبي البركات، إناطة بالتعدي، وسكوت صاحبها لا يدل على الرضى، كما لو باع ملك غيره بحضرته فلم يمنعه، وقيل: إنما يضمن نصف قيمتها فقط، لأنه اجتمع عليها يدان، يد صاحبها، ويد المستأجر، وما يقابل يد المستأجر يقابل النصف، فيختص بضمان النصف، وعن القاضي في الشرح الصغير: لا ضمان، لوجود يد المالك، وعنه أظنه في المجرد: إن تلفت وهو راكبها، أو حمله عليها ضمنها، وإن تلفت وقد نزل عنها، وسلمها إلى مالكها لسقيها ونحو ذلك فلا ضمان، ووافقه في المغني على ذلك، إلا أنه استثنى فيما إذا تلفت في يد مالكها بسبب تعبها من الحمل ونحو ذلك، والله أعلم.

قال: وكذلك إن اكترى لحمولة شيء فزاد عليه.

ش: مثل أن يكتريها لحمل مائة رطل، فيحمل مائة وعشرة ونحو ذلك، لأنه استوفى المعقود وزاد عليه، فيلزمه المسمى، وأجرة المثل للزائد، وضمان الدابة إن تلفت لتعديه، أو ضمان النصف، لتلفها بفعل مضمون وغير مضمون، وحكى القاضي ـ وتبعه أبو محمد في المقنع ـ عن أبي بكر وجوب أجرة المثل في الجميع، اعتماداً على قوله فيمن استأجر أرضاً لزرع شعير فزرع حنطة: إن عليه أجرة المثل للجميع، لعدوله عن المعقود عليه إلى غيره، قال في المغني: وبينهما فرق، فإن ما حصل التعدي فيه في الحمل متميز، وهو الرطل الزائد مثلاً، بخلاف الزرع، فإلحاق هذه المسألة بما إذا اكترى إلى موضع فجاوزه أسد، وهذا الذي قطع به في الكافي، وأبو البركات، مع أن أحمد نص في الزرع في رواية عبد الله أنه ينظر إلى ما يدخل على الأرض من النقصان ما بين الحنطة والشعير، فيعطى رب الأرض، بيان ذلك أن يقال: أجرة مثلها إذا زرعها حنطة أن تساوي مائة درهم، وأجرة مثلها إذا زرعها شعيراً أن تساوي ثمانين، فالواجب عليه ما بين ذلك، وهو عشرون، مع المسمى في العقد، ولو اكترى لحمل حديد، فحمل قطناً، وجب أجرة المثل هنا بلا نزاع، قاله أبو محمد، والله أعلم.

قال: ولا يجوز أن يكتري لمدة غزاته.

ش: لجهالة المدة المشترط عليها، والله أعلم.

قال: فإن سمى لكل يوم شيئاً معلوماً فجائز.

ش: هذا هو المنصوص عن أحمد، وهو قياس مسألة كل شهر بدرهم، وقد

تقدمت نقلاً ودليلاً، والله أعلم.

قال: ومن اكترى إلى مكة فلم ير الجمّال الراكبين، والمحامل، والأغطية، والأوطية، وجميع ما يحتاج إليه لم يجز الكراء.

ش: يشترط معرفة المعقود عليه كالبيع، فيحتاج الجمّال إلى رؤية ما تقدم، لأن ذلك يختلف ويتباين، فاشترطت معرفته كقدر الطعام المحمول، وذكر الخرقي هذه الصورة لينبه على مذهب الغير، إذ مذهب مالك رحمه الله عدم اشتراط رؤية الراكبين، وكذلك أبو حنيفة في الأوطية في حال، وكذلك الشافعي في غطاء المحمل وتبعه القاضي رحمه الله، والله أعلم.

قال: فإن رأى الراكبين أو وصفا له، وذكر الباقي بأرطال معلومة فجائز.

ش: لأن ذلك مما ينضبط بالصفة، ولذلك يصح السلم فيه، وإذاً تحصل معرفته، وقال الشريف و أبو الخطاب: لا تكفي الصفة في ذلك، لاختلاف الراكب في ثقله وخفته، وحركته وسكونه، وذلك لا ينضبط بالصفة، والله أعلم.

قال: وما حدث في السلعة من يد الصانع ضمن.

ش: الأجير على ضربين، (أجير خاص) وهو من استؤجر إلى مدة، كمن استؤجر شهراً أو يوماً، لخدمة، أو بناء، ونحو ذلك، فيستحق المستأجر نفعه في جميع المدة، سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة ـ (وأجير مشترك) وهو الذي قدر نفعه بالعمل، كمن استؤجر لخياطة ثوب معين أو موصوف، ونحو ذلك، سمي مشتركاً للاشتراك في عمله، لأنه يتقبل لاثنين وأكثر.

إذا تقرر هذا فالأجير الخاص لا يضمن ما تلف بفعله، ولا بغير فعله، ما لم يوجدمنه تفريط وقصد للخيانة، نص عليه أحمد في رواية جماعة، وعليه الأصحاب، لأن عمله غير مضمون عليه، فلم يضمن ما تلف به كالقصاص، ولأنه نائب عن المالك، في صرف منافعه فيما أمر به، فلم يضمن إذا لم يتعد، كالوكيل، وذهب ابن أبي موسى إلى أنه يضمن ما جنت يده، وحكى عن أحمد رواية بتضمينه ما تلف بأمر خفي لا يعلم إلا من جهته، كما سيأتي في الأجير المشترك، اللهم إلا أن يعمل في بيت المستأجر فلا يضمن ما تلف بغير فعله، وعنده أنه لا فرق بين الأجير الخاص، والأجير المشترك، والمنصوص الفرق وعليه الأصحاب.

وأما الأجير المشترك ـ وهو الذي ذكره الخرقي هنا ـ فيضمن ما تلف بفعله، كحائك أفسد حياكته، وقصار خرق الثوب بدقه أو عصره، وطباخ أفسد طبخه، وجمال أتلف المتاع بعثرته، أو بانقطاع الحبل الذي شد به، ونحو ذلك، نص على ذلك أحمد في رواية الجماعة، وعليه الأصحاب.

٢١٢٣ ـ لما روى جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي رضي الله عنه، أنه كان

يضمن الصباغ والصواغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك. ولأن عمله مضمون عليه، وما تولد من المضمون فهو مضمون، كجناية العمد، ودليل الوصف أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد علمه لم يكن له أجر.

وظاهر كلام أحمد والخرقي أنه لا فرق بين أن يعمل في بيته، أو في بيت المستأجر، ولا بين أن يكون المستأجر على المتاع أم لا، وصرح به القاضي في التعليق في أثناء المسألة، وابن عقيل، واختاره أبو محمد، إذ ضمانه كجنايته، وعن القاضي ـ أظنه في المجرد ـ قال في الكافي: وأصحابه. أنه إنما يضمن ما عمله في ملكه، أما ما عمله في ملك المستأجر من خياطة ونحوها، فلا ضمان عليه، ما لم يفرط، كأن يسرف في الوقود ونحوها، لأنه سلم نفسه إلى المستأجر، أشبه الأجير الخاص، وكذلك لو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة، أو راكباً على الدابة فوق حمله، لعدم زوال يد المالك، وكذلك لو كان الراكب على الدابة حراً، إذ الحر لا يضمن من جهة الإجارة، وخرج أبو الخطاب وجهاً بعدم الضمان رأساً، كسراية القود وإفضاء الزوجة، إذ التلف حصل من فعل مباح، والله أعلم.

قال: وإن تلفت من حرزه فلا ضمان عليه.

ش: ما تلف عند الأجير المشترك لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها): أن يكون بتفريط منه أو تعد، فيضمن كما دل عليه كلام الخرقي بطريق التنبيه، وهو واضح، (الثاني): ما تلف بفعله بغير تفريط منه، وقد تقدم، (الثالث): ماتلف بغير فعله من غير تفريط منه، كأن سرق أو حرق ونحو ذلك، والمشهور المنصوص في رواية الجماعة ـ أنه لا ضمان عليه، لأنها عين مقبوضة بعقد إجارة، لم يتلفها بفعله، أشبهت العين المستأجرة، (وعن أحمد) رواية أخرى بالضمان مطلقاً، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» (وعنه) ثالثة إن كان التلف بأمر ظاهر ـ كالحريق، واللصوص الغالبين، ونحو ذلك ـ فلا ضمان، وإن كان بأمر خفي كالضياع، ونحو ذلك فعليه الضمان، إناطة بالتهمة، قال صاحب التلخيص: ومحل الروايات إذا لم تكن يد المالك على المال، أما إن كانت عليه فلا ضمان بحال، والله أعلم.

قال: ولا أجرة له فيما عمل فيها.

ش: قد تقدم أن ما تلف من حرز الأجير المشترك ونحو ذلك فلا ضمان عليه فيه، وهو يشمل ما إذا تلف بعد فعله وقبله، فإذا تلف بعد فعله فهل يستحق أجرة لذلك؟ قال الخرقي: لا أجرة له، لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر، فلم يستحق عوضه، كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه.

وظاهر كلام الخرقي ـ وتبعه أبو محمد ـ أنه لا فرق بين أن يعمل في بيت المستأجر أو خارجاً عنه، ولا بين أن يكون ذلك بناء أو غيره، وفصل أبو البركات

ذلك، وملخص ما قاله أنه إن كان العمل في بيت المستأجر، وكان بناء فله أجرته رواية واحدة، لأن تسليمه يحصل بمجرد فعله، وإن كان غير بناء فروايتان، مبناهما على أنه إذا كان في ملكه فهل العمل مسلم بمجرد عمله، أو لا بد من التسليم؟ وإن كان العمل خارج بيت المستأجر وكان غير بناء فلا أجرة له رواية واحدة، إذ التسليم إذاً لا يحصل إلا بالقبض، وإن كان بناء فروايتان، مبناهما على أن العادة هل جرت في البناء بقبضه في موضعه، أو أنه لا بد من التسليم فيه كغيره، وقطع القاضي في التعليق في البناء بأن له أجرته، وفي غيره لا أجرة له، ونص أحمد على ذلك في رواية ابن منصور، والله أعلم.

قال: ولا ضمان على حجام، ولا ختان، ولا متطبب، إذا عرف منهم حذق الصنعة، ولم تجن أيديهم.

ش: لا ضمان على من ذكر والحال هذه، لأنهم فعلوا فعلاً مباحاً مأذوناً فيه، أشبه قطع الإمام يد السارق، أما إذا لم يكن لهم معرفة بذلك فيضمنون، لتحريم المباشرة عليهم إذاً، وكذلك إن عرف منهم حذق لكن جنت أيديهم، كأن تجاوز الختان إلى بعض الحشفة، أو قطع الطبيب سلعة فتجاوزها، ونحو ذلك، لما تقدم في الأجير المشترك، وحكى ابن أبي موسى إذا ماتت طفلة من الختان فديتها على عاقلة خاتها، قضى بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، والله أعلم.

قال: ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد.

ش: لا ضمان على الراعي، لأنه مؤتمن على الحفظ، أشبه المودع، ولأنها عين قبضت بحكم الإجارة، أشبهت العين المستأجرة، أما إذا تعدى أو فرط ـ مثل أن تركها تغيب عن نظره، أو ضربها ضرباً أسرف فيه، أو من غير حاجة إليه، أو سلك بها موضعاً مخوفاً، أو نام عنها أو غفل، ونحو ذلك ـ فيضمن، لأنه مفرط، أشبه المودع، ولو جاء بجلد الشاة مدعياً لموتها من غير بينة قبل قوله على أصح الروايتين.

وقد تضمن كلام الخرقي جواز إجارة الراعي، وهو واضح، لقوله تعالى حكاية عن صاحب موسى ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ﴾ [القصص: ٢٧] الآية، وجواز إجارة الطبيب، لأنه فعل مباح مأذون فيه، أشبه سائر الأفعال المباحة، ويقدر ذلك بالمدة، لا بالعمل لعدم انضباطه، ويبين قدر ما يأتي له في كل يوم، هل هو مرة أو أكثر من ذلك، ولا يجوز التقدير بالبرء عند القاضي، وجوزه ابن أبي موسى، وكذلك أبو محمد، لكن جعله جعالة لجواز جهالة العمل فيها، ويجوز اشتراط الكحل من الطبيب على الأصح لا الدواء اعتماداً على العرف.

وتضمن أيضاً جواز إجارة الختان، وهو واضح لما تقدم، وجواز إجارة الحجام، وهو اختيار أبي الخطاب، وتبعه الشيخان.

٢١٢٤ ـ لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ احتجم، حجمه أبو طيبة فأعطاه صاعين من طعام، وكلم مواليه فخففوا عنه[١] متفق عليه، وفي لفظ: دعا غلاماً منا فحجمه، فأعطاه أجره صاعاً أو صاعين، وكلم مواليه أن يخففوا عنه من ضريبته. رواه أحمد والبخاري.

٢١٢٥ ـ وعن ابن عباس قال: احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره، ولو كان سحتاً لم يعطه[٢]. رواه أحمد، والبخاري، ولأن بالناس حاجة إلى ذلك، أشبه غيره من المنافع.

وقال القاضي وجمهور أصحابه: لا يصح الاستئجار على الحجامة، وهو ظاهر كلام أحمد، وقال في التلخيص: إنه المنصوص. وذلك:

٢١٢٦ ـ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن كسب الحجام، ومهر البغي، وثمن الكلب، رواه أحمد[٣].

٢١٢٧ ـ وعن رافع بن خديج رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «كسب الحجام خبيث، ومهر البغي خبيث، وثمن الكلب خبيث»[٤] رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي وصححه، والنسائي ولفظه «شر المكاسب ثمن الكلب، وكسب الحجام، ومهر البغي» والنهي يقتضي التحريم، وكذلك الخبث، لا سيما وقد قارنه بما لا نزاع في تحريمه، وجعله شر المكاسب.

٢١٢٨ ـ وقد روى محيصة بن مسعود أنه كان له غلام حجام، فزجره النبي ﷺ فقال: ألا أطعمه أيتاماً لي؟ قال: «لا» قال: أو لا أتصدق به؟ فرخص له أن يعلفه ناضحه. رواه أحمد، وفي لفظ: أنه استأذن النبي ﷺ في إجارة الحجام، فنهاه عنها، ولم يزل يسأله فيها حتى قال: «أعلفه ناضحك، وأطعمه رقيقك»[٥] رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي وحسنه، وأما حديث ابن عباس فقال أحمد في رواية الأثرم: هذا تأويل من ابن عباس. وأما إعطاء النبي ﷺ فعلى طريق الصلة والإحسان، لما فعل معه، جمعاً بين الأحاديث، وقد قال أحمد في رواية ابن القاسم: نحن نعطي كما أعطى النبي ﷺ، ونقول له كما قال النبي ﷺ: لا تأكله. قيل له: فيشارط في الحجامة؟ قال: لم أسمع في الشرط شيئاً. وعلى هذا يجوز أن يعطى من غير شرط، ويطعمه رقيقه وناضحه لما تقدم، ويحرم عليه هو أكله في إحدى الروايتين، قال في

(١) أخرجه البخاري حديث ٢١٠٢، وأحمد ٣/ ١٠٠.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٠٠٣، وأحمد ١/ ٢٤١، ٣١٦.
(٣) المسند ٢/ ٢٩٩.
(٤) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٩٦٦.
(٥) أخرجه أبو داود حديث ٣٤٢٢، وابن ماجه حديث ٢١٦٦، وأحمد ٥/ ٤٣٥، ٤٣٦.

رواية الأثرم: لا تأكله. وهذا اختيار القاضي، وطائفة من أصحابه.

(والرواية الثانية): يكره. قال أبو النضر عنه: كان يذهب إلى أنه يكره، ويقول: هو شر كسب، ولا يقول: هو حرام، وإذا قيل بالتحريم في حقه، فهل يحرم في حق غيره من الأحرار؟ ظاهر كلام القاضي في التعليق، وصاحب التلخيص التحريم، وصريح القاضي في الروايتين بالجواز اعتماداً على أن أحمد قال: أطعمه الرقيق. قال: والرقيق يحتاج أن يشتري له طعاماً. وفيه نظر، وعلى القول بجواز الإجارة فيكره للحر أيضاً أكله، لما تقدم من الأحاديث.

(تنبيه): يجوز استئجار الحجام لغير الحجامة، من الفصد، والختن ونحو ذلك، إذ نهيه عن كسب الحجام أي في الحجامة، كما أن نهيه عن مهر البغي أي في البغاء، والله أعلم.

كتاب إحياء الموات

الموات، والميتة، والموتان بفتح الميم والواو: الأرض الدارسة، قاله أبو محمد في المغني، وقال الفراء: الأرض التي لم تحي بعد.

٢١٢٩ ـ والأصل في جوازه ما روته عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ قال: «من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها» قال عروة: قضى به عمر في خلافته. رواه البخاري[١].

٢١٣٠ ـ وعن سعيد بن زيد عن النبي ﷺ قال: «من أحيى أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق»[٢] رواه أبو داود، والنسائي، والترمذي وقال: حسن.

٢١٣١ ـ وعن جابر رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «من أحيى أرضاً ميتة فهي له»[٣] رواه أحمد والترمذي وصححه. والله أعلم.

قال: ومن أحيى أرضاً لم تملك فهي له.

ش: من أحيى أرضاً ميتة لا يعلم أنها ملكت فهي له إلا ما يستثنى، لما تقدم من الأحاديث.

وظاهر كلام المصنف أنه لا يفتقر إلى إذن الإمام، وعليه الأصحاب، ونص عليه أحمد، مستدلاً بعموم الحديث وهو مبني على أن عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال، (وظاهر كلامه) أيضاً أن الذمي يملك بالإحياء كالمسلم، وهو المنصوص، وعليه الجمهور، لعموم ما تقدم، وقال ابن حامد: لا يملك الذمي بالإحياء. وحمل أبو الخطاب قوله على دار الإسلام، قال القاضي: وهو مذهب جماعة من أصحابنا.

٢١٣٢ ـ لما يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «موتان الأرض لله ورسوله، ثم هي لكم مني»[٤] وأجيب بعد تسليم صحته أنها لكم أي لأهل داركم، جمعاً بين الأدلة، والذمي من أهل دارنا، فعلى المنصوص إن أحيا موات عنوة لزمه عنه الخراج، وإن أحيا غيره فلا شيء عليه، في أشهر الروايتين، (وعنه): عليه عشر ثمره وزرعه، (وظاهر كلامه) أيضاً أن موات العنوة يملك بالإحياء، ولا شيء فيه كغيره، وهو إحدى

(١) صحيح البخاري حديث ٢٣٣٥.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٠٧٣.

(٣) أخرجه الترمذي ١٤٠٢، وأحمد ٣/ ٣٠٤، ٣٥٦.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ١٤٣.

الروايتين، واختاره القاضي، وأبو محمد، وغيرهما، لعموم ما تقدم، (وعنه) ليس في أرض السواد موات، معللاً بأنها لجماعة المسلمين، فلا يختص بها أحدهم، وهذا اختيار أبي بكر، وابن أبي موسى، والشيرازي، وعلى هذه الرواية قال أبو البركات: تقر في يده بالخراج، لاختصاصه بمزية، وهو السبق بالإِحياء.

ومفهوم كلام الخرقي رحمه الله أن ما ملك لا يملك بالإِحياء، وهذا لا يخلو من ثلاثة أحوال (الأول) أن يكون له مالك معصوم، وهذا لا إشكال أنه لا يملك بالإِحياء، لما تقدم من حديث عائشة رضي الله عنها، (الثاني): أن يكون له مالك لكن غير معصوم كالحربي، فقال أبو البركات وصاحب التلخيص. وهو ظاهر كلام القاضي ـ إنه يملك بالإِحياء إذ لا حرمة لملكه أصلاً، وإذاً تستثنى هذه الصورة من مفهوم كلام لخرقي، وقال أبو محمد: حكم دار الحرب حكم دار الإِسلام، حتى أنه جعل فيما عرف أنه ملك ولم يعرف له مالك معين روايتين، كالمسألة التي بعده، واستدل بعموم الخبر، وبأن عامرهم إنما يملك بالقهر والغلبة، (الثالث): أن يعرف أنه ملك، ولكن لا يعرف له مالك، كخراب باد أهله، ولم يعرف لهم وارث ـ، فعنه ـ وهو المشهور عنه ـ لا يملك بالإِحياء، وهو مقتضى كلام الخرقي، واختيار أبي بكر، والقاضي، وعامة أصحابه، كالشريف وأبي الخطاب، والشيرازي، لظاهر حديث عائشة، إذ هذه لأحد، لأنه إن كان له وارث فهي له، وإن لم يكن له وارث فهي فيء للمسلمين، وبهذا علل أحمد في رواية أبي داود، (وعنه): تملك بالإِحياء، عملاً بعموم أكثر الأحاديث، (وعنه) وإن تيقنت عصمة من ملكها لم تملك بالإِحياء لما تقدم، وإن شك في عصمته ملكت، لأن المقتضي قد وجد، وشك في المانع، وهذا اختيار صاحب التلخيص، واستثنى أبو محمد من هذا ما به آثار ملك قديم جاهلي، كمساكن ثمود ونحوهم، فإنها تملك بالإِحياء.

٢١٣٣ ـ لما يروى عن طاوس، عن النبي ﷺ أنه قال: «عادي الأرض لله ولرسوله، ثم هي بعد لكم» رواه سعيد في سننه، وأبو عبيد في الأموال، ويحتاج كلام أبي محمد إلى بحث ليس هذا موضعه، والله أعلم.

قال: إلا أن تكون أرض ملح، أو ما للمسلمين فيه المنفعة، فلا يجوز أن ينفرد بها الإِنسان.

ش: استثنى رحمه الله مما يملك بالإِحياء صورتين، (أحداهما) أرض الملح، أي معدن الملح، فإنه لا يملك بالإِحياء.

٢١٣٤ ـ لما روي عن أبيض بن حمال رضي الله عنه، أنه وفد إلى النبي ﷺ استقطعه الملح، فقطع له، فلما أن ولى قال رجل من المجلس: أتدري ما قطعت له؟ إنما قطعت له الماء العد. قال: فانتزعه منه، قال: وسأله عما يحمي من الأراك، فقال

ﷺ: «ما لم تنله خفاف الإبل»[1] رواه الترمذي وأبو داود وفي رواية له: أخفاف الإبل قال محمد بن الحسن المخزومي: يعني أن الإبل تأكل منتهى رؤوسها ويحمي ما فوقه. ولأن هذا مما يتعلق بمصالح المسلمين العامة، فلم يجز إحياؤه كطرق المسلمين ومواردهم، وفي معنى الملح جميع المعادن الظاهرة، لا تملك بالإحياء، وهي ما العمل في تحصيله لا في إظهاره، كالقار، والنفط، والبرام، والموميا، والكحل، والزرنيخ، والجص، ونحو ذلك، وكذلك الحكم في المعادن الباطنة، وهي ما كان ظهورها بالعمل عليها، كمعادن الذهب، والفضة، والحديد، والصفر، والفيروزج، ونحو ذلك مما هو مثبوت في طبقات الأرض، ذكره صاحب التلخيص، وأبو محمد، وحكى أبو محمد احتمالاً فيما أظهره من المعادن الباطنة، أنه يملك بالإحياء، ويحتمله كلام أبي البركات، ولفظه: أو ما فيه معدن ظهر قبل إحيائه، ومقتضاه أنه يمنع من إحياء موات قد ظهر فيه معدن، ويستفاد منه بطريق التنبيه أنه يمنع من إحياء معدن قد ظهر، لا من إحياء معدن لم يظهر.

(الصورة الثانية): ما فيه المنفعة للمسلمين، وهو ما قرب من العامر، وتعلق بمصالحه، من طرقه، ومسيل مائه، وطرح قمامته ونحو ذلك، وكذلك ما تعلق بمصالح القرية، كمرعى ماشيتها، ومحتطبها، ونحو ذلك، وكذلك حريم البئر والنهر، ونحو ذلك، كل ذلك لا يجوز إحياؤه.

٢١٣٥ ـ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له» ومفهومه أن من أحيا أرضاً ميتة في حق مسلم لم تكن له، ولأن ذلك من مصالح المملوك، فأعطي حكمه، فإن قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه ففيه روايتان، أنصهما وأشهرهما عند الأصحاب أنه يملك بالإحياء، لعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة» مع انتفاء المانع، وهو التعلق بمصالح العامر، (والثانية): لا يملك بالإحياء، تنزيلاً للضرر في المآل، منزلة الضرر في الحال، إذ هو بصدد أن يحتاج في المآل، واستثنى الأصحاب صورة ثالثة، وهي موات بلدة كفار صولحوا على أنها لهم، ولنا الخراج عنها، فلا يملك بالإحياء، لأن مقتضى الصلح أن لا يتعرض لهم في شيء مما صولحوا عليه، قال أبو محمد: ويحتمل أن تملك بالإحياء لعموم الخبر، والله أعلم.

قال: وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطاً.

ش: ظاهر كلام الخرقي أن التحويط إحياء للأرض مطلقاً، وحكاه القاضي وغيره رواية، بل وجزم به القاضي، والشريف، وأبو الخطاب.

٢١٣٦ ـ لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أحاط حائطاً على

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٠٦٤، والترمذي ١٣٩٥.

أرض فهي له»[١] رواه أحمد وأبو داود، ولأحمد مثله من رواية سمرة، وعلى هذا يشترط كونه الحائط منيعاً، مما تجري العادة بمثله.

وحكى القاضي وغيره رواية أخرى أن إحياء الأرض تعميرها العمارة العرفية لما تراد له، إذ الشارع أطلق الإحياء، فيحمل على ما يتعارفه الناس، وحديث الحائط يحمل على صورة تقتضي العرف فيها، وهذا اختيار ابن عقيل في التذكرة، فعلى هذا إن كان الإحياء للسكنى، فإحياؤها ببناء حيطانها وتسقيفها، وإن جعلها حظيرة كفى بناء حائط جرت العادة به، وإن كان للزرع فبأن يسوق إليها ماء، ويقلع أحجارها إن احتاجت إلى ذلك، أو يحبس الماء عنها، ونحو ذلك على ما جرت به العادة في مثلها، ولا يعتبر أن يزرعها ويسقيها، ولا أن يفصلها تفصيل الزرع، ويحوطها من التراب بحاجز، ولا أن يقسم البيوت إن كانت للسكنى، في أصح الروايتين وأشهرهما، والأخرى يشترط جميع ذلك، ذكرها القاضي في الخصال، وجمع أبو البركات الروايتين في أصل الإحياء، فجعلهما رواية واحدة، فقال: بأن يحوطها بحائط، أو يعمرها العمارة العرفية، وحكى في المقنع قولاً آخر بأن ما يتكرر كل عام فليس بإحياء وما لا يتكرر فهو إحياء، والله أعلم.

قال: أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حواليها، وإن سبق إلى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعاً.

ش: إذا حفر في الموات بئراً للتملك، وأخرج ماءها، ملكها وملك حريمها، خمساً وعشرين ذراعاً من كل جانب، وإن سبق إلى بئر عادية، ملكها بظهور يده عليها، وملك حريمها خمسين ذراعاً، نص عليه أحمد، واختاره الخرقي، والقاضي في التعليق، والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وابن عقيل في التذكرة، والشيخان وغيرهم.

٢١٣٧ ـ لما روى الدارقطني[٢] وغيره، عن النبي ﷺ أنه قال: «حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعاً، وحريم البئر العادي خمسون ذراعاً».

٢١٣٨ ـ وروى أبو عبيد بإسناده عن يحيى بن سعيد الأنصاري أنه قال: السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً، والبدي خمس وعشرون ذراعاً. واختار أبو الخطاب في الهداية، والقاضي فيما حكاه عنه أبو محمد في المغني والكافي، أن حريم البئر قدر ما يحتاج إليه في ترقية مائها، فإن كان بدولاب فبقدر مدار الثور أو غيره، وإن كان بسانية فبقدر طول البئر، وإن كان يستقي منها بيده فبقدر ما يحتاج إليه الواقف، وعلى ذلك، إذ هذا ثبت للحاجة، فيقدر بقدرها، وقال القاضي فيما حكاه عنه

(١) أخرجه أحمد ٣/ ٣٨١.
(٢) سنن الدارقطني ٤/ ٢٢٠.

في المقنع، وحكاه عنه وعن جماعة من الأصحاب صاحب التلخيص: حريم البئر قدر مد رشائها من كل جانب.

٢١٣٩ ـ لأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «حريم البئر مد رشائها» رواه ابن ماجه[1]، وقال القاضي في الأحكام السلطانية: له أبعد الأمرين من الحاجة أو قدر الأذرع. وقد توقف أحمد عن التقدير في رواية حرب، والمذهب الأول.

(تنبيهان): «أحدهما» قد تقدم أنه يملك حريم البئر بالحفر أو بالسبق، وهو ظاهر كلام أحمد، وصرح به الخرقي، والقاضي في التعليق، وغيرهما، وعلى قياسه أن ما قرب من العامر، وتعلق بمصالحه، يكون ملكاً لأهل العامر، أو لجماعة المسلمين، وعن القاضي أن هذه المرافق لا يملكها المحيي بالإحياء، وإنما يكون أحق بها، (الثاني): «العادية» بالتشديد القديمة، نبة إلى عاد، إذ كل قديم ينسب إليهم لقدمهم، والله أعلم.

قال: وسواء في ذلك ما أحياه أو سبق إليه، بإذن الإمام أو غير إذنه.

ش: يعني أن الحريم المذكور يثبت له، سواء أحياه ـ كما إذا حفر بئراً في موات ـ أو سبق إليه، كما إذا سبق إلى بئر عادية، وكذا أطلق أحمد، والقاضي، وغيرهما، وعلل القاضي بأن البئر العادية مال من أموال الكفار، فتكون غنيمة بوضع اليد عليها، قلت: وينبغي على مقتضى هذا التعليل أن تكون لجماعة الغانمين، أو يكون السبق إليها لا بقوة المسلمين، فتكون له، وقال في المغني: يجب أن يحتمل قول الخرقي ـ في ملك البئر العادية ـ على بئر انطمست، فجدد حفرها، أو ذهب ماؤها فاستخرجه، ليكون ذلك إحياء، أما بئر لها ماء ينتفع بها المسلمون فلا تحتجر، لأنها بمنزلة المعادن الظاهرة، وقد تقدم أن الإحياء لا يفتقر إلى إذن الإمام، والله أعلم.

(١) سنن ابن ماجه حديث ٢٤٨٧.

كتاب الوقوف والعطايا

(الوقوف) جمع وقف كفلس وفلوس، يقال: وقف. على الأفصح وأوقف. على لغة، ويقال: أحبس، وحبس وحبس. ومنه قوله ﷺ لعمر: «إن شئت حبست أصلها» (والعطايا) جمع «عطية» كخلايا وخلية، ومعنى الوقف قال أبو محمد، وصاحب التلخيص: إنه تحبيس الأصل، وتسبيل المنفعة، وأرادا: مع شروطه المعتبرة، وحده غيرهما فأدخل الشروط في الحد، ويحتاج إلى بسط.

٢١٤٠ ـ والأصل في جوازه ما روى أبو هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»(١) رواه مسلم وغيره.

٢١٤١ ـ وعن ابن عمر رضي الله عنهما: أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر، فقال: يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمرني؟ قال: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها» فتصدق بها عمر على أن لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، في الفقراء، وذوي القربى، والرقاب، والضيف، وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم صديقاً، غير متمول ـ وفي لفظ: غير متأثل ـ مالاً(٢): رواه الجماعة.

٢١٤٢ ـ وعن جابر رضي الله عنه: لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ذو مقدرة إلا وقف. وقال أحمد في رواية حنبل: قد وقف أصحاب رسول الله ﷺ، وقوفهم بالمدينة ظاهرة، فمن رد الوقف فإنما رد السنة. وأما العطية فيأتي الكلام عليها إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

قال: ومن وقف في صحة من عقله وبدنه على قوم، وأولادهم، وعقبهم، ثم آخره للمساكين، فقد زال ملكه عنه.

ش: إذا وقف في صحة من عقله ـ بأن لا يكون مغلوباً على عقله بجنون، أو إغماء أو غيرهما ـ وفي صحة من بدنه ـ، بأن كان غير مريض ـ وقفا متصلاً كما ذكر الخرقي، فإن ملك الواقف يزول عن العين الموقوفة، على المشهور المعروف، المختار

---

(١) أخرجه مسلم ١١/ ٨٤، وأبو داود حديث ٢٨٨٠، والنسائي ٦/ ٢٥١، وأحمد ٢/ ٣٧٢.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٣١٣، ومسلم ١١/ ٨٥، وأبو داود حديث ٢٨٧٨، والنسائي ٦/ ٢٣٠، وابن ماجه حديث ٢٣٩٦، وأحمد ٢/ ١٢، ٥٥.

من الروايتين، لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة، أشبه الهبة والبيع، (والرواية الثانية): أنه باق على ملك الواقف، لقوله ﷺ: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» فعلى الأول ينتقل الوقف إلى الموقوف عليه، على المشهور المختار أيضاً من الروايتين، كالهبة والبيع، إلا أن يكون الموقوف عليه مما لا يملك، كالمسجد ونحوه، فإن الملك في الوقف ينتقل إلى الله تعالى، (والرواية الثانية): يكون ملكاً لله تعالى، حكاها غير واحد؛ وهي ظاهر اختيار ابن أبي موسى، قياساً على العتق، بجامع زوال الملك على وجه القربة، وفرق بزوال المالية ثم، بخلاف هنا.

وتلخص أن في المسألة ثلاثة أقوال (ملك) للموقوف عليه، وهي المذهب، (ملك) لله تعالى، (ملك) للواقف وبنيه وللخلاف فوائد (منها) لو كان الموقوف ماشية لم تجب زكاتها على الثانية، وكذلك على الثالثة، لضعف الملك، وهو انتقاء التصرف في الرقبة والمنفعة، ووجبت على الموقوف عليه على الأولى، على ظاهر كلام الإمام، واختيار القاضي في التعليق، وأبي البركات، وغيرهما، وقيل: لا تجب، لضعف الملك، اختاره صاحب التلخيص وغيره، (ومنها): أرش جنايته، يلزم الموقوف عليه على الأولى، لانتفاء التعلق بالرقبة لامتناع البيع، وعلى الثانية هل يجب في بيت المال أو في الغلة؟ فيه وجهان، قلت: وعلى الثالثة يحتمل أن يجب على الواقف، ويحتمل أن يجب في الغلة، (ومنها) إذا كان أمة ملك الموقوف عليه تزويجها على الأولى، والحاكم على الثانية، لكن يشترط إذن الموقوف عليه، قاله في التلخيص، قلت: والواقف على الثالثة، لكن إذن الموقوف عليه (ومنها) النظر حيث أطلق يكون للموقوف عليه، على الأولى، وللحاكم على الثانية، وبه جزم ابن أبي موسى، قلت: وللواقف على الثالثة (ومنها) الشفعة لا تستحق على الثانية، قلت: وكذا على الثالثة، وفي استحقاقها على الأولى وجهان (ومنها) نفقة الوقف، تجب حيث شرطت، ومع عدمه في الغلة، ومع عدمها على من الملك له، قاله في التلخيص، قلت: فعلى الثانية تجب في بيت المال، هذا في الحيوان لحرمته، أما العقار فلا تجب عمارته إلا على من يريد الانتفاع به (ومنها) إذا وطئها الموقوف عليه، فلا حد عليه للملك أو شبهه، وتصير أم ولد على الأولى، لا على الثانية والثالثة، والله أعلم.

وظاهر كلام الخرقي أن ملك الواقف يزول عن الوقف وإن لم يخرجه عن يده، وهو المشهور المختار المعمول به من الروايتين، لعموم قوله ﷺ في حديث عمر: «لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث» ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث، أشبه العتق (وعنه) لا يلزم ويزول الملك عنه إلا بالإخراج عن يده، اختاره ابن أبي موسى، لأنه تبرع بشيء لم يخرج عن المالية أشبه الهبة، (وظاهر كلامه) أيضاً أنه لا يفتقر إلى القبول من الموقوف عليه، ولا خلاف في ذلك إن كان على غير معين كالمساكين، أو على من لا يتصور القبول منه كالمساجد، أما ما كان على آدمي معين، ففي اشتراط

القبول وجهان، قال ابن حمدان في الصغرى وابن المنجا: ثم إنهما مبنيان على انتقال الملك إلى الموقوف عليه، إن قلنا: ينتقل. اشترط، وإن قلنا: لا. فلا، والظاهر أنهما على القول بالانتقال، إذ لا نزاع بين الأصحاب أن الانتقال إلى الموقوف عليه هو المذهب، مع اختلافهم في المختار هنا، وشبهة الخلاف تردده بين التمليك والتحرير، وقد تقدم ذلك، لكن الأصحاب مترددون في التعليل، وينبغي اتباع سنن واحد.

وقول الخرقي: في صحة من عقله وبدنه. احترز به عن الوقف في المرض، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، وقوله على قوم. إلى آخره، يحترز به عن المنقطع، وسيأتي إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

قال: ولا يجوز أن يرجع إليه شيء من منافعه.

ش: يعني أنه إذا صح الوقف كما تقدم فإن منافعه تنتقل إلى الموقوف عليه بلا نزاع لما تقدم، ولا يصير للواقف فيها حق، إذ هذا وضع الوقف، والأدلة تشعر بذلك، نعم إن وجدت فيه صفة الاستحقاق استحق كأحد المستحقين، كمن وقف مسجداً فإنه يستحق الصلاة فيه، أو مقبرة فإنه يملك الدفن فيها، أو سقاية فيملك الشرب منها، ونحو ذلك.

٢١٤٣ ـ وفي النسائي والترمذي ـ وحسنه ـ عن عثمان رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة، فقال: «من يشتري بئر رومة، فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين، بخير له منها في الجنة؟» فاشتريتها بصلب مالي[1]. والله أعلم.

قال: إلا أن يشترط أن يأكل منه، فيكون له مقدار ما اشترط.

ش: إذا وقف وقفاً وشرط أن يأكل منه، أو يسكنه مدة حياته، أو مدة معلومة صح، نص عليه.

٢١٤٤ ـ محتجاً بما روى أن في صدقة النبي ﷺ أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر.

٢١٤٥ ـ ولأن في حديث عمر: لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقاً، غير متمول، وكان عمر هو الوالي عليها إلى أن مات.

٢١٤٦ ـ ويروى عن ابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما أنهما وقفا داريهما وسكناهما مدة حياتهما. والظاهر أن ذلك عن شرط، والله أعلم.

قال: والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من أولاد البنين، بالسوية، إلا أن يكون الواقف فضل بعضهم.

---

(١) أخرجه النسائي ٦/ ٢٣٥.

ش: إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم كما تقدم، وشرط الأكل منه، فإن الفاضل بعد الأكل يكون بين القوم وأولادهم، وعقبهم يشارك الآخر الأول، إذ الواو للجمع المطلق لا للترتيب، ويكون بين الذكور والإناث بالسوية، إذ هذا قضية الاشتراك، كما لو أقر لهم بشيء، ولهذا لما شرك الله بين ولد الأم في الثلث كان بينهم بالسوية، نعم إذا فضل الواقف بأن جعل للذكر مثل حظ الأنثيين، أو بالعكس اعتبر تفضيله، كما لو جعله على أحدهم دون الآخر.

وقول الخرقي: من أولاد البنين، نص منه على أنه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم دخل فيه ولد البنين، ولا خلاف في هذا نعلمه، ومفهوم كلامه أنه لا يدخل فيه ولد البنات، وهو أشهر الروايات، نص عليها في: ولد ولدي لصلبي. واختاره القاضي في التعليق والجامع، والشيرازي، وأبو الخطاب في خلافه الصغير، لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: ١١] الآية، ولم يدخل فيه ولد البنات وقال الشاعر[(١)]:

بنونا بنوا أبنائنا وبناتنا ... بنوهن أبناء الرجال الأباعدِ

ولأن ولد الهاشمية ليس بهاشمي، ولا ينتسب إلى أبيها شرعاً ولا عرفاً، وبهذا علل أحمد، فقال: لأنهم من رجل آخر، (والرواية الثانية): يدخلون فيه، اختاره أبو الخطاب في الهداية، لأن البنات أولاده، فأولادهن أولاد أولاده حقيقة، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ﴾ إلى قوله: ﴿وَعِيسَىٰ﴾ [الأنعام: ٨٤ـ ٨٥] وهو من ولد بنته.

٢١٤٧ ـ وفي البخاري وغيره أن النبي ﷺ صعد المنبر فقال: «إن ابني هذا سيد، ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين»[(٢)] يعني الحسن.

٢١٤٨ ـ وعن أسامة بن زيد، أن النبي ﷺ قال لعلي: «وأما أنت يا علي فختني، وأبو ولدي»[(٣)] (والثالثة) يدخلون إلا أن يقول: على ولد ولدي لصلبي. فلا يدخلون، وهذه الرواية اختيار أبي بكر، وابن حامد، حكاه عنهما أبو الخطاب في الهداية، و أبو محمد في المقنع، والقاضي فيما حكاه عنه صاحب التلخيص، وفي الروايتين للقاضي، والمغني أنهما اختارا الرواية الثانية، وفي الخصال لابن البنا أن ابن حامد اختار الثانية، وأبا بكر الثالثة، وكذا في المغني القديم فيما أظن، ومحل الخلاف مع عدم القرينة أما مع القرينة فالعمل لها، ولهذا قيل في عيسى عليه السلام والحسن: إنهما إنما دخلا مع الذكر، والكلام مع الإطلاق، والله أعلم.

(١) البيت من الطويل، وهو للفرزدق في خزانة الأدب ١/ ٤٤٤، وبلا نسبة في الإنصاف ١/ ٦٦.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٧٠٤.
(٣) أخرجه أحمد في المسند ٥/ ٢٠٤.

قال: وإذا لم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين.

ش: يرجع إلى شرط الواقف في الجمع والترتيب وغير ذلك، كما يرجع إليه في شرط الوقف، ففي المسألة السابقة جمع بين القوم وأولادهم وعقبهم بواو الجمع، فقلنا: يشترك فيه الجميع، وفي الثانية رتبه بثم، فقلنا بترتيبه بعد من تقدم، ويوقف استحقاقه على انقراضهم، ويدخل الفقراء في لفظ المساكين، وكذلك كل موضع اقتصر فيه على ذكر أحد اللفظين، فإنه يتناول القسمين، أما لو جمع بين اللفظين آتياً بما يقتضي التمييز بينهما، كأن قال: وقفت على الفقراء والمساكين نصفين. ونحو ذلك. فإنه يجب التمييز بينهما وقسم الوقف بينهما نصفين، ولو قال: على الفقراء والمساكين. ولم يقل نصفين، فالحكم كالزكاة، يجوز الدفع إليهما، والاقتصار على أحدهما على المشهور، وعلى الرواية الأخرى لا بد وأن يدفع إلى ثلاثة من كل صنف، أعلم.

قال: وإذا لم يجعل آخره للمساكين، ولم يبق ممن وقف عليه أحد، رجع إلى ورثة الواقف في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله، والرواية الأخرى يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف.

ش: قد تضمن هذا الكلام صحة الوقف المعلوم الابتداء، المنقطع الانتهاء، وهذا مذهبنا، لأن مصرفه معلوم كما سيأتي، فصح كما لو صرح بالمصرف، إذ المطلق يحمل على العرف، وإذا صح وانقرض من وقف عليه ـ كما لو وقف على ولده وأولادهم فانقرضوا ـ فإنه يصرف إلى جميع ورثة الواقف، يقسم على قدر مواريثهم منه، على إحدى الروايات عن أحمد رحمه الله، وفي الكافي أنها ظاهر المذهب، لأن الوقف مصرفه البر، وأقاربه أولى الناس ببره، لقوله: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»[1].

٢١٤٩ ـ وقوله ﷺ: «إنك تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[2].

٢١٥٠ ـ وقوله ﷺ: «صدقتك على غير رحمك صدقة، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة»[3] (والراوية الثانية) يختص به أقرب العصبة، لأنهم أحق أقاربه ببره.

٢١٥١ ـ قال ﷺ: «ابدأ بمن تعول، أمك وأباك وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك» رواه النسائي[4]. (والرواية الثالثة): يجعل في بيت المال، يصرف في

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٢٧٤.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٥٦، ٢٧٤٢، ومسلم ١١/٧٦.
(٣) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١١٨٢.
(٤) المجتبى ٥/٦١.

مصالحهم، وهي أنّ الروايات عنه، لأنه مال لا مستحق، أشبه مال من لا وارث له، (والرواية الرابعة) وبها قطع القاضي في الجامع الصغير، والشريف، وأبو جعفر، وإليها ميل أبي محمد ـ يصرف في المساكين، لأنهم أعم جهات الخير، ومصرف الصدقات، وحقوق الله تعالى، من الكفارات ونحوها.

وإذا قلنا: يرجع إلى أقارب الواقف الجميع أو العصبة، فإنه يشمل غنيهم وفقيرهم، على ظاهر كلام الخرقي والإمام، وبه قطع أبو البركات وغيره، إذ مصرف الوقف كذلك، واختار القاضي في الروايتين أنه يختص الفقراء منهم، إذ القصد بالوقف بالبر والصلة، والفقراء أولى بهذا المعنى من غيرهم، ومن رجع إليه فإنه يرجع إليه وقفاً، لأن الملك قد زال عنه بالوقف، فلا يعود، ملكاً إلى الورثة، قطع بذلك القاضي، وأبو الخطاب، وأبو البركات، وغيرهم، وزعم في المغنى أن أحمد نص عليه، وقال: ويحتمل كلام الخرقي أن يصرف إليهم إرثاً، ويبطل الوقف، وقال ابن أبي موسى: إن دفع إلى جميع الورثة رجع إرثاً، بخلاف الرجوع إلى العصبة، وهذا مقتضى ما في المقنع، وكلام الخرقي عكسه، وحيث قلنا، يصرف إلى الأقارب فانقرضوا، أو لم يوجد له قريب، فإنه يصرف إلى بيت المال، لأنه مال لا مستحق له، نص عليه أحمد في رواية ابن إبراهيم، وأبي طالب، وغيرهما، وقطع به أبو الخطاب وأبو البركات، وقال ابن عقيل في التذكرة، وصاحب التلخيص، وأبو محمد: يرجع إلى الفقراء، والمساكين، إذ القصد بالوقف الصدقة الدائمة، قال: «أو صدقة جارية» وقال ابن أبي موسى: يباع ويجعل ثمنه للمساكين، ـ ثم قال ابن الزاغوني: الخلاف في الرجوع إلى الأقارب، ـ أو إلى بيت المال، أو إلى المساكين ـ مختص بما إذا مات الواقف، أما إن كان حياً فانقطعت الجهة فهل يعود الوقف إلى ملكه أو إلى عصبته وذريته؟ فيه روايتان.

(تنبيه): الوقف له أربعة أحوال (الأول): متصل الابتداء والانتهاء، وهو الذي بدأ به الخرقي (الثاني): منقطع الانتهاء، وهو الذي ثنى به الخرقي، ولا إشكال في صحة كليهما (الثالث، والرابع) منقطع الابتداء متصل الانتهاء، متصل الابتداء والانتهاء، منقطع الوسط، كأن وقف على من لا يجوز كعبد، ثم على من يجوز كالمساكين، أو وقف على ولده، ثم عبده، ثم على المساكين، والمذهب صحتهما، وقيل بالبطلان، بناء على تفريق الصفقة، وعلى الأول على يجعل من لا يجوز الوقف عليه كالمعدوم، فيصرف إلى من يجوز الوقف عليه، أو يعتبر فيصرف مدة وجوده مصرف المنقطع، ثم إذا انقرض لمن يجوز الوقف عليه؟ فيه وجهان، وله تقاسيم أخر ليس هذا موضع بيانها، والله أعلم.

قال: ومن وقف في مرضه الذي مات فيه، أو قال: هو وقف بعد موتي. ولم يخرج من الثلث، وقف منه بقدر الثلث، إلا أن يجيز الورثة.

ش: الوقف تبرع بلا تردد، فيعتبر من الثلث، كالهبة، والعتق، فإذا وقف في مرضه المخوف المتصل بالموت، على غير وارث، نفذ منه الثلث فما دون بلا نزاع، ما لم يمنع من ذلك مانع كالدين، ووقف ما زاد على الثلث فما دون على إجازة الورثة، كالوصية سواء، وكذلك إذا قال: هو وقف بعد موتي. ينفذ منه الثلث فما دون، ويقف الباقي على إجازة الورثة كالتدبير.

وقد تضمن كلام الخرقي صحة الوقف المعلق بالموت، وهو اختيار أبي الخطاب في خلافه الصغير، وأبي محمد، وقال: إنه ظاهر كلام أحمد.

٢١٥٢ ـ وأنه احتج بأن عمر رضي الله عنه وصى، فكان في وصيته: هذا ما وصى به عبد الله أمير المؤمنين، إن حدث به حدث أن ثمغاً صدقة. رواه أبو داود[1]، وقال القاضي ـ أظنه في المجرد ـ وأبو الخطاب في الهداية، وابن البنا في الخصال، لا يصح، إلحاقاً له بالهبة. والأولون ألحقوه بالصدقة بالمطلقة، ثم على قولهم هل يصح الوقف المعلق على شرط في الحياة؟ فيه وجهان، والمختار عند أبي محمد، وأبي الخطاب البطلان، وشبهة الخلاف تردد الوقف بين التحرير والتمليك كما تقدم، وقال ابن حمدان ـ: من قبله ـ إن قيل الملك لله تعالى صح التعليق، وإلا فلا.

وقد شمل كلام الخرقي صحة وقف الثلث في مرض الموت، أو بعد الموت، على الورثة أو بعضهم، وهو أشهر الروايتين عن أحمد رحمه الله، وأنصهما، واختيار القاضي في التعليق وغيره، وأكثر الأصحاب.

٢١٥٣ ـ والأصل في ذلك ما روي أن عمر رضي الله عنه وقف على ورثته. وعلى هذا اعتمد أحمد، وعلى أنهم لا يبيعون ذلك، ولا يهبونه، وإنما ينتفعون به، قلت: فكأنه عتق الوارث (وعنه) ما يدل على منع ذلك، وإذاً يقف على إجازة الورثة، كالوقف على غيرهم، وهذا اختيار أبي حفص العكبري، قال القاضي: فيما وجدته معلقاً عنه، واختيار أبي محمد إلحاقاً له بالهبة، وادعى أبو محمد أن وقف عمر كان على جميع الورثة، قال: والنزاع في الوقف على البعض، قال: ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ذلك، قلت: ونص أحمد في رواية الحسن بن محمد الترمذي وغيره صريح بخلاف ذلك، والله أعلم.

قال: وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف، وجعل وقفاً كالأول.

ش: إذا تعطل الوقف، وصار بحيث لا يرد شيئاً، أو يرد شيئاً لا عبرة به، ولم يوجد ما يعمر به، فإن الناظر فيه يبيعه، ويشتري بثمنه ما فيه منفعة، يرد على أهل الوقف، نص عليه أحمد، وعليه الأصحاب.

---

(١) سنن أبي داود حديث ٢٨٧٩.

٢١٥٤ ـ لما اشتهر عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة: أن انقل المسجد الذي بالتمارين، واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال بالمسجد مصل. وهذا بمحضر من الصحابة، ولم يظهر خلافه، فيكون إجماعاً، ولأنه تجب المحافظة على صورة الوقف ومعناه، فلما تعذر إبقاء صورته، وجبت المحافظة على معناه.

٢١٥٥ ـ نظراً إلى قوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[١] ويشهد له إذا عطب الهدي دون محله، فإنه يذبح تحصيلاً لما أمكن. وحكى في التلخيص عن أبي الخطاب أنه لا يجوز بيع الوقف مطلقاً، وهو غريب لا يعرف في كتبه.

وقول الخرقي: وجعل وقفاً. مقتضاه أنه لا يصير وقفاً بمجرد الشراء، بل بد من إيقاف الناظر له، ولم أر المسألة مصرحاً بها، وقيل: إن فيها وجهين. ومقتضى كلامه أنه لو بقي فيه نفع لم يجز بيع، وإن كان غيره أجود منه، وصرح به أبو محمد وغيره، إذ الأصل المنع، قال: «لا يباع أصلها» ترك ذلك حيث خيف من ضياعه وفواته رأساً، نعم إن كان النفع لا يعد نفعاً فوجوده كالعدم.

وظاهر كلامه أنه لا يشترط أن يشتري من جنس الوقف، وهو كذلك، إذ القصد النفع، نعم يتعين صرف المنفعة في المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها، ومن هنا الفرس الحبيس إذا بيع اشتري بثمنه ما يصلح للجهاد.

وقد علم من كلام الخرقي أنه لا يجوز بيع الوقف إذا لم يخرب، وهو كذلك بلا ريب.

٢١٥٦ ـ قال ابن عمر: إن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر، فقال: يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمرني؟ فقال: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها» فتصدق بها عمر على أن لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، في الفقراء، وذوي القربى، والرقاب، والضيف، وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم، غير متمول[٢]. رواه الجماعة، والله أعلم.

قال: وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو، بيع واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد.

ش: حكم الفرس الحبيس إذا صار لا يصلح إلا للطحن ونحو ذلك أنه يباع ويشترى بثمنه ما يصلح للغزو، أو يعان به في فرس، نص عليه أحمد لما تقدم، (وعنه) أنه يصرف ثمنه في مثله أو يصرف على الدواب الحبيس، قال: لا يباع الفرس

(١) أخرجه البخاري حديث ٧٢٨٨، ومسلم ٩/ ١٠٠.
(٢) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢١٤١.

الحبيس إلا من علة، إذا عطب يصير للطحن، ويصير ثمنه في مثله، أو ينفق ثمنه على الدواب الحبيس. وظاهره التخيير بين الأمرين، وقد يحمل قوله: ينفق الثمن على الحبيس. على ما إذا تعذر شراء المثل، وكذلك رأيت صاحب التلخيص حكى النص فقال: إنه نص على أن الفرس الحبيس إذا هرم يباع، وإذا أمكن أن يشترى بثمنه فرس اشترى، وجعل حبيساً، وإلا جعله في ثمن دابة حبيس، والله أعلم.

قال: وإذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة، وإذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة فيه.

ش: إذا كان الوقف شجراً فأثمر، أو أرضاً فزرعت. وكان الوقف على قوم بأعيانهم، فحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصاب ففيه الزكاة، لعموم قوله ﷺ: «فيما سقت السماء العشر»[1] ونحوه، ولأن الملك تام في الثمرة والحب، وهو متعلق الزكاة، وإن حصل في يده دون نصاب فلا شيء عليه، نعم إن حصل في يد الجميع نصاب وجبت الزكاة. على رواية تأثير الخلطة في غير الماشية، وإن كان الوقف على قوم غير معينين كالمساكين فلا زكاة، إذ شرط وجوبها الملك حين الوجوب، والمسكين إنما يملك بالدفع، نعم على رواية تأثير الخلطة في نحو ذلك ينبغي أن تجب الزكاة والله أعلم.

قال: وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف ـ مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب ـ فوقفه غير جائز.

ش: من شرط ما يوقف أن يكون عيناً يجوز بيعها، ويدوم نفعها مع بقائها، فلا يصح الوقف في الذمة كعبد ودار، ولا ما لا يجوز بيعه، إذ الوقف يعتمد نقل الملك، فلا بد وأن يكون الموقوف مما يقبل النقل، فلا يجوز وقف الكلب، وأم الولد، ووقف الحر نفسه، وإن جازت إجازته، ولا وقف الموصى له بخدمة عبد ذلك العبد، لعدم الملك له في الرقبة، ولا وقف أحد هذين العبدين، وفيه احتمال كالعتق، ولا ما لا يدوم نفعه كالرياحين ونحوها، وبطريق الأولى ما لا منفعة فيه كالعين المستأجرة، إذا الوقف تحبيس الأصل، وتسبيل المنفعة، وفي الأول لا تحبيس، وفي الثاني لا منفعة، نعم إن وقفها بعد مدة الإجارة إذا انقضت، صح إن قيل يصح تعليق الوقف على شرط في الحياة، ولا ما يذهب بالانتفاع به، كالمأكول، والمشروب، والشموع، والدراهم، والدنانير للتصرف فيها، أو مطلقاً، أما لو وقفها للوزن فقال في التلخيص: يصح كإجارتها لذلك. وقال أبو محمد: لا يصح، لأن ذلك ليس من المرافق العامة. ويصح وقف الحلي عند العامة، لأنه من المقاصد المهمة.

٢١٥٧ ـ وقد روي أن حفصة رضي الله عنها ابتاعت حلياً بعشرين ألفاً فحسبته

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٢٠٩.

على نساء آل الخطاب، فكانت لا تخرج زكاته. قال أبو الخطاب في الهداية: ونقل الأثرم وحنبل: لا يصح. قال في المغني: وأنكر حديث حفصة. قال في التلخيص: وهو محمول على رواية منع وقف المنقول. قلت: ذكر القاضي في التعليق رواية الأثرم وحنبل، ولفظها: لا أعرف الوقف في المال. فإن لم يكن في الرواية غير هذا ففي أخذ المنع منه نظر، والله أعلم.

قال: ويصح الوقف فيما عدا ذلك.

ش: يصح الوقف فيما عدا ما ذكرناه، من العقار، والحيوان، والأثاث، والسلاح، ونحو ذلك، على المذهب المعروف، وقد تقدم حديث عمر رضي الله عنه في وقف العقار.

٢١٥٨ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً، فإن شبعه، وروثه، وبوله، في ميزانه يوم القيامة حسنات»[١] رواه أحمد والبخاري.

٢١٥٩ ـ وقال ﷺ في حق خالد: «قد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله»[٢] ونقل حنبل والأثرم عنه: إنما الوقف للدور والأرضين، على ما وقف أصحاب رسول الله ﷺ. قال ابن عقيل: وظاهر هذا حصره على العقار، إعمالاً لمقتضى «إنما» وذلك هو الذي يتأبد حقيقة، بخلاف غيره، والله أعلم.

قال: ويصح وقف المشاع.

٢١٦٠ ـ ش: في النسائي وابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال عمر للنبي ﷺ: إن المائة سهم التي بخيبر، لم أصب مالاً قط أعجب إليّ منها، قد أردت أن أتصدق بها. فقال النبي ﷺ: «احبس أصلها وسبل ثمرتها»[٣]. والله أعلم.

قال: وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل.

ش: من شرط الموقوف إذا كان على جهة أن يكون معروفاً، كالمساكين، والمساجد، والقناطر، والمارين بالكنائس ونحو ذلك، أو براً كالأقارب، مسلمين كانوا أو ذمة، نظراً لمعنى الوقف، إذ وضعه ليتقرب به إلى الله تعالى، وفي قصة عمر رضي الله عنه ما يشعر بذلك، فلا يصح فيما ليس بقربة، سواء كان مأثماً كالكنائس، والبيع، وكتابة التوراة والإنجيل، وإن كان الواقف ذمياً، والمغنين، ونحو ذلك، أو غير مأثم، كالأغنياء، ولهذا جعل الله الفيء مقسوماً بين ذي القربى، واليتامى، ومن سماه الله سبحانه، حذاراً من أن تتداوله الأغنياء، قال سبحانه: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٨٥٣، وأحمد ٢/ ٣٧٤.
(٢) أخرجه البخاري حديث ١٤٦٨، ومسلم ٧/ ٥٦.
(٣) أخرجه النسائي ٦/ ٢٣٢، وابن ماجه حديث ٢٣٩٧.

﴿ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ﴾ [الحشر: ٧] وقيل المشترط أن لا يكون معصية، ولا يشترط القربة، فيصح على الأغنياء.

أما الوقف على أهل الذمة، كأن قال: وقفت على النصارى، أو على نصارى هذه البلدة، ونحو ذلك، فمقتضى كلام أبي البركات وصاحب التلخيص أنه لا يصح، لأن الجهة جهة معصية، بخلاف الوقف على أقاربه من أهل الذمة لأنها جهة بر، وفي المغني: يصح الوقف على أهل الذمة، لأنهم يملكون ملكاً محترماً، أشبهوا المسلمين.

٢١٦١ ـ ولأن صفية زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودي. وفيه نظر، إذ العلة لست الملك المحترم، بل كون ذلك قربة وطاعة، ووقف صفية على قريبها المعين، ولا إشكال في صحة ذلك، لما فيه من البر، بل لو كان معيناً وليس بقريب صح أيضاً، لأن المعين يقصد نفعه، ومجازاته، ونحو ذلك، بخلاف جهة أهل الذمة، فإنها جهة معصية انتهى.

ومن شرط الموقوف عليه إذا كان غير جهة، أن يكون معيناً يملك ملكاً محترماً، فلا يصح على مجهول كرجل، ولا على أحد هذين، كالهبة، قال في التلخيص: ويحتمل الصحة، بناء على أنه لا يفتقر إلى قبول، ولا على من لا يملك، كالحمل، والبهيمة، وكذلك العبد، لأنه وإن قيل إنه يملك لكن ملكه كالعدم، وفي المكاتب وجهان، لتردده بين الحر والعبد القن، ولا على مرتد، ولا حربي، لعدم احترام ملكهم، ويصح على الحر المعين، وإن كان ذمياً أو فاسقاً، والله أعلم.

قال: ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه.

ش: لما فرغ المصنف من الكلام على الوقوف شرع في الكلام على العطايا، وهي جمع عطية، كخلية وخلايا، والعطية الشيء المعطى، وحدها: تمليك عين في الحياة بلا عوض، وهي جنس، أنواعه الصدقة، والهبة، والهدية، فإن كان القصد بها التقرب إلى الله تعالى لمحتاج فهي صدقة، وإن حملت إلى المهدى إكراماً وتودداً فهدية، وإلا فهبة، إذا تقرر هذه فإن هبة غير المعين ـ كقفيز من صبرة، ورطل من زبرة، ونحو ذلك ـ تفتقر إلى القبض بلا نزاع وفي المعين ثلاث روايات، (الافتقار)، (وعدمه) ـ وهو مختار القاضي وعامة أصحابه ـ (والتفرقة) بين صبر المكيل والموزون فتفتقر إلى القبض دون غيرهما، وهو مختار الخرقي، وأبي محمد، ومدرك الخلاف أن من قصر الحكم على غير المعين قال: مقتضى العموم عدم الافتقار.

٢١٦٢ ـ بدليل قوله ﷺ: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»[1] خرج منه غير المعين.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٦٢١، ومسلم ١١/ ٦٢.

٢١٦٣ ـ بدليل ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كان نحلها جداد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: يا بنية إني كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً، ولو كنت جددتيه، واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، فاقتسموه على كتاب الله. رواه مالك في الموطأ[1]، وجداد عشرين وسقاً غير معين، قال أحمد: حديث أبي بكر رضي الله عنه في شيء مجهول وإذاً يبقى في ما عداه على مقتضى العموم.

٢١٦٤ ـ ويؤيد هذا ما روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما، أنهما قالا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة، قبضت أو لم تقبض. ومن ألحق صبر المكيل والموزون بذلك قال: فيها أيضاً نوع شياع وإبهام فتلحق به.

٢١٦٥ ـ ومن عمّم الحكم في الجميع استدل بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ما بال قوم ينحلون أولادهم، فإذا مات أحدهم قال: مالي، وفي يدي. وإذا مات هو قال: قد كنت نحلته ولدي. لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد، فإن مات ورثه.

٢١٦٦ ـ ورأى عثمان رضي الله عنه أن الوالد يجوز لولده إذا كانوا صغاراً.

٢١٦٧ ـ وقال بعض العلماء: اتفق أبو بكر وعمر، وعثمان، وعلي، رضي الله عنهم على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة.

(تنبيه): حيث افتقرت الهبة إلى القبض فهل ذلك لصحتها، أو للزومها وملكها، أو للزومها فقط؟ ظاهر كلام الخرقي وطائفة من الأصحاب الأول، قال أبو الخطاب في الانتصار ـ في البيع بالصفة ـ: القبض ركن في غير المتعين، لا ينبرم العقد بدونه، وقال في موضع آخر: إن الزيادة قبل القبض للواهب. وهذا مقتضى كلام القاضي في المجرد أيضاً، حيث جعلها تبطل بموت الواهب قبل القبض، قال في التلخيص: كان القاضي يجعل القبض كجزء من السبب مثل القبول، ومقتضى كلام أبي محمد في الكافي، وأبي البركات بل صريحه الثاني، ومقتضى كلام صاحب التلخيص الثالث، لأنه قال بعد كلام القاضي المتقدم في المجرد: والمذهب لا يقتضي ذلك، إذ الملك ينتقل في بيع الخيار على الصحيح، وقال أيضاً: إن الزوائد الحاصلة بعد العقد وقبل القبض للمتهب بشرط اتصال القبض، لكن شرطه اتصال القبض يقتضي القول الثاني، وكلام أبي محمد في المغني يحتمل أيضاً القول الثاني والثالث، وكلام أحمد ظاهره الثاني، قال في رواية حنبل: إذا تصدق على رجل بصدقة ـ دار أو ما أشبه ذلك ـ فإذا قبضها الموهوب له صارت في ملكه. وكلام الصحابة رضي الله عنهم يحتمل القولين الأولين، أما القول الثالث: فضعيف، ولا يعرف مصرحاً به، والله أعلم.

---

(١) الموطأ ٢/ ٢٢٢.

قال: وتصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما تصح في البيع.

ش: تصح الهبة في غير المكيل والموزون، وقد تقدم ذلك، وقوله: إذا قبل. تصريح بأنه لابد في الهبة من القبول، ولا إشكال في ذلك، إذ هو أحد ركنيها، أشبه الإِيجاب، ويقوم ما يدل عليهما مقامهما، اختاره ابن عقيل، وأبو محمد وغيرهما.

٢١٦٨ ـ وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان إذا أتي بطعام سأل عنه، فإن قالوا: صدقة: قال لأصحابه: «كلوا» ولم يأكل، وإن قالوا: هدية. ضرب بيده، فأكل معهم[1]، وعن القاضي، وأبي الخطاب: لاتصح بالمعاطاة. وقوله: كالبيع. أي أنه تتوقف صحته على القبول، ومراده كالبيع مطلقاً، لا كالبيع في المكيل والموزون، إذ لا نزاع أن القبول في البيع ليس بشرط في الصحة إلا في التصرف، وقد يأخذ من كلام الخرقي أن من شرط صحة القبول تأخره عن الإِيجاب، كما أن ذلك بلا نزاع. رتبته، وهذا إحدى الروايتين، والله أعلم.

قال: يقبض للطفل أبوه أو وصيه بعد، أو الحاكم، أو أمينه بأمره.

ش: يقبض للطفل أبوه، لما تقدم عن عثمان رضي الله عنه، أو وصيه بعده، لأنه يقوم مقامه، أوالحاكم إذا مات الأب من غير وصي، أو لم يكن أهلاً كالفاسق ونحوه، إذ الحاكم ولي من لا ولي له، أو أمين الحاكم بأمره، لأنه يقوم مقامه.

ومقتضى كلام الخرقي أنه ليس لغير هؤلاء القبض، وهو المشهور، وقيل: للأم وبقية أقاربه ممن يقوم على الطفل القبض إن عدموا هؤلاء.

وقد تضمن كلامه أنه ليس للطفل القبض، وهو صحيح، لفقد الأهلية، والطفل غالباً يطلق على غير المميز، وقد يطلب عليه، كما في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ﴾ [النور: ٥٩] الآية، وكلام الخرقي محتمل للأمرين، وفي صحة قبض المميز وجهان طباقاً للاحتمالين، لكن يصح بإذن وليه بلا ريب، والله أعلم.

قال: وإذا فاضل بين ولده في العطية أمر برده، كما أمر النبي ﷺ.

ش: المشروع في عطية الأولاد التسوية بينهم.

٢١٦٩ ـ لما روى عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما، قال: قال النبي ﷺ: «اعدلوا بين أبنائكم»[2] رواه أحمد، وأبو داود، والنسائي ويسوي بينهم على قدر ميراثهم، للذكر مثل حظ الأنثيين، اقتداء بقسمة الله تعالى، وقياساً لحال الحياة على حال الموت.

٢١٧٠ ـ قال عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله فإن خالف ولم يسو

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٥٧٦، ومسلم ٧/ ١٨٤.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٤٤، والنسائي ٦/ ٢٦٢، وأحمد ٤/ ٢٧٥.

بينهم أمر برد ذلك، أو إعطاء الآخر حتى يستووا.

٢١٧١ ـ لما روى النعمان بن بشير رضي الله عنهما أن أباه أتى به رسول الله ﷺ، فقال: إني نحلت ابن هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله ﷺ: «أكل ولدك نحلته مثل هذا؟» فقال: لا. فقال: «فارجعه»[1] متفق عليه، ولفظ مسلم: تصدق عليّ أبي ببعض ماله، وفي رواية «لا تشهدني على جور، وإن لبنيك عليك من الحق أن تعدل بينهم».

وظاهر كلام الخرقي رحمه الله أن يسوي بينهم، وإن اختص بعضهم بمعنى يقتضي الاختصاص كزمانة، أو عمى، أو اشتغال بعلم، ونحو ذلك، أو بمعنى يقتضي المنع كفسوق، ونحو ذلك، ونص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى، وهو ظاهر كلام الأكثرين، لعموم حديث النعمان بن بشير، ولأنهم سواء بالإرث، فكذلك في عطيته في حياته، (وعنه) ما يدل على جواز تفضيل أحدهم أو اختصاصه لمعنى مما تقدم، لقوله في تخصيص أحدهم في الوقف: لا بأس به إذا كان للحاجة، وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة. وهذا اختيار أبي محمد، وعليه حمل حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

وظاهر كلامه أن الذي يجب التعديل بينهم هم الأولاد فقط، وبه قطع أبو محمد في كتبه، إذ الأصل تصرف الإنسان في ماله كيف شاء، خرج منه الأولاد بالخبر، ولأنه لم يسأل بشيراً: هل لك وارث غير ولدك أم لا؟ وقال أبو الخطاب، وأبو البركات، وصاحب التلخيص وغيرهم: حكمهم حكم الأولاد، يسوي بينهم على قدر مواريثهم، فإن لم يفعل رجع على ما تقدم، وفي التلخيص أن أحمد رحمه الله نص عليه، لأن المنع من ذلك كان خوف قطيعة الرحم والتباغض، وهذا موجود في الأقارب، والله أعلم.

قال: فإن مات ولم يرده فقد ثبت لمن وهب له، إذا كان ذلك في صحته.

ش: هذا إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله، واختارها الخلال، وأبو بكر، لما تقدم من حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه فإن ظاهره أنه خصها بذلك، وأنها لو كانت حازته لم يكن لهم الرجوع، وكذلك عموم قول عمر: لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد.

(والثانية): للورثة الرجوع، كما كان له الرجوع، لأنه سماه جوراً.

٢١٧٢ ـ وفي رواية لمسلم: «وإني لا أشهد إلا على حق» وغير الحق، والجور، لا يختلف بالحياة والموت، فلا يطيب أكله، ويجب رده.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٥٨٦، ومسلم ١١/ ٦٥.

٢١٧٣ ـ وقد روى سعيد في سننه أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده، وخرج إلى الشام فمات بها، ثم ولد له بعد ذلك ولد، فمشى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما إلى قيس بن سعد، فقالا: إن سعداً قسم ماله، ولم يدر ما يكون، وإنا نرى أن ترد هذه القسمة، فقال قيس: لم أكن لأغير شيئاً صنعه سعد، ولكن نصيبي له.

وقول الخرقي: إذا كان في صحته، احترازاً مما إذا كانت العطية في مرض موته، فإن ذلك لا ينفذ، ويكون كالوصية له، تقف على إجازة الورثة، نعم إن كانت العطية في المرض ليسوي بينهم فهل يجوز؟ فيه احتمالان، أولاهما الجواز، لأنه طريق لفعل الواجب، لا سيما إذا قلنا: للورثة الرجوع. والله أعلم.

قال: ولا يحل لواحد أن يرجع في هبته، ولا لمهد أن يرجع في هديته، وإن لم يثب عليها.

٢١٧٤ ـ ش: لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالعائد يعود في قيئه»[1] متفق عليه، ولأحمد، والبخاري «ليس لنا مثل السوء»، وفي رواية لأحمد قال قتادة: ولا أعلم القيء إلا حراماً.

٢١٧٥ ـ وعن طاوس أن ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم رفعاه، أن النبي ﷺ قال: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الرجل يعطي عطية ثم يرجع فيها، كمثل الكلب، أكل حتى إذا شبع قاء، ثم رجع في قيئه»[2] رواه الخمسة، وصححه الترمذي.

وعموم كلام الخرقي يشمل المرأة، فليس لها أن ترجع في ما وهبته لزوجها، وهو إحدى الروايات، واختيار أبي بكر، لعموم ما تقدم، ولقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] (والثانية): للمرأة الرجوع مطلقاً، نقلها الأثرم.

٢١٧٦ ـ واحتج لها بأن في الحديث «إنما يرجع في المواهب النساء، وشرار الأقوام» (وعنه ثالثة)، إن وهبته مخافة غضبه، أو إضرار بها، بأن يتزوج عليها، ونحو ذلك رده إليها، لأنها لم تطب نفساً به، وإن لم يكن سألها، فتبرعت به فهو جائز، حكى الروايات الثلاث أبو محمد، وعندي أن الثالثة لا تدل إلا على صحة هبتها وعدمها.

وكلام الخرقي أيضاً يشمل الأب، فمقتضى كلامه أنه ليس له الرجوع، وهو إحدى الروايات عن أحمد رحمه الله، نقلها عنه المروذي في كتاب الزهد، لعموم

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٥٨٩، ومسلم ١١/ ٦٥.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٣٩، والترمذي ٢٢٥، ٢٦، والنسائي ٦/ ٢٦٥، وابن ماجه حديث ٢٣٧٧، وأحمد ١/ ٢٣٧.

حديث ابن عباس المتفق عليه، وقال أبو محمد: ظاهر كلامه الرجوع، وأخذه من قوله: وإذا فاضل بين ولده في العطية أنه يرد ذلك. وفيه نظر، وبالجملة فهذا هو المشهور، واختاره جماعة من الأصحاب لما تقدم من حديث ابن عباس الذي في السنن. وهو مخصص لحديثه الآخر، (وعنه رواية ثالثة) اختارها أبو محمد، وابن البنا وابن عقيل في التذكرة، إن غرّ بها قوم، كأن رغب الناس بسببها في معاملته، أو مناكحته فلا رجوع، لما فيه من الضرر بالغير المنفي شرعاً، وإلا فله الرجوع لما تقدم، (وعنه رابعة) إن زادت العين زيادة متصلة فلا رجوع، لاتصالها بملك الولد، وإلا فله الرجوع، ونقل عنه حنبل: أرى أن من تصدق على ابنه بصدقة فقبضها الابن، أو كان في حجر أبيه فأشهد على صدقته فليس له أن ينقض شيئاً من ذلك، لأنه لا يرجع في شيء من الصدقة. ونحو ذلك نقل المروذي، قال أبو حفص: تحصيل المذهب أنه لا يرجع فيما دفع لغير الولد، هبة كان أو صدقة، ويرجع فيماوهبه لابنه، ولا يرجع فيما كان على وجه الصدقة. وهذا اختيار ابن أبي موسى.

٢١٧٧ ـ لعموم قوله ﷺ لعمر: «لا تعد في صدقتك»[1] وقد فهم عمر العموم.

٢١٧٨ ـ فروى مالك في الموطأ عنه قال: من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة، أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يرض منها. وأبو محمد صرح بأنه لا فرق بين الصدقة وغيرها، مستدلاً بأن في الصحيح في حديث النعمان ابن بشير: تصدق عليّ أبي ببعض ماله. . . القصة، وصرح بذلك أيضاً القاضي في المجرد وهو ظاهر إطلاق جماعة.

وشرط الرجوع حيث جوزناه (أن تكون العين) الموهوبة باقية في ملك الابن، فإن خرجت عن ملكه ثم عادت إليه بعقد، أو إرث فلا رجوع، وإن رجعت إليه بفسخ فثلاثة أوجه، ثالثها، إن كان كخيار المجلس أو الشرط رجع، وإلا فلا، (وأن لا يتعلق) بها حق يمنع تصرف الابن، كالرهن، وحجر الفلس، والكتابة إن لم يجز بيع المكاتب، ثم إن زالت هذه التعلقات جاز له الرجوع، لزوال المانع.

وقوله: وإن لم يثب عليها. تنصيص على مخالفة من قال: إن لم يثبت عليها رجع. وهو مشعر بأن الهبة لا تقتضي ثواباً، وهو كذلك، وإن كانت من الأدنى للأعلى.

(تنبيه): هذا الحكم يختص بالأب، فليس للأم الرجوع فيما وهبته لولدها، على المنصوص والمختار، وقيل: لها الرجوع كالأب. والله أعلم.

قال: وإذا قال: داري لك عمري، أو هي لك عمرك. فهي له ولورثته من بعده.

ش: العمرى نوع من الهبة، تفتقر إلى ما تفتقر إليه الهبة من الإيجاب، والقبول،

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٦٢٣، ومسلم ١١/ ٦٢.

والقبض، وهي مأخوذة من العمر، ومعناها كما قال الخرقي أن يقول: داري ـ أو فرسي ونحو ذلك ـ لك عمري، أو مدة حياتي، أو لك عمرك، أو حياتك. ونحو ذلك، فتصح، وتكون للمعمر، ولورثته من بعده.

٢١٧٩ ـ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: «العمرى ميراث لأهلها» وفي لفظ «جائزة لأهلها»[١] متفق عليه.

٢١٨٠ ـ وعن زيد بن ثابت قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعمر عمرى فهي لمعمره محياه ومماته، لا ترقبوا، من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث»[٢]، رواه أحمد وأبو داود والنسائي.

٢١٨١ ـ وعن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له[٣]، متفق عليه، وفي لفظ: «أمسكوا عليكم أموالكم، ولا تفسدوها، فمن أعمر عمرى فهي للذي أعمر حياً وميتاً، ولعقبه»[٤] رواه مسلم.

وظاهر كلام الخرقي في العمرى أنها تكون للمعمر ولورثته، وإن شرط المعمر رجوعها إليه، أو إلى ورثته عند موت المعمر، فيبطل الشرط، ويصح العقد، وهو إحدى الروايات عن أحمد، لعموم ما تقدم، ولأن فيها «لا ترقبوا، من أرقب شيئاً فهو على سبيل الميراث» والرقبى معناها الرجوع إلى المرقب إن مات المرقب.

٢١٨٢ ـ وعن جابر رضي الله عنه، أن رجلاً من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخل حياتها، فماتت فجاء إخوته فقالوا: نحن فيه شرع سواء قال جابر: فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، فقسمها بينهم ميراثاً. رواه أحمد[٥]. (والرواية الثانية) يصح العقد والشرط، فتكون للمعمر إذا مات المعمر.

٢١٨٣ ـ إعمالاً لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»[٦].

٢١٨٤ ـ وعن جابر رضي الله عنه: إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول: هي لك ولعقبك. فأما إذا قال: هي لك ما عشت. فإنها ترجع إلى صاحبها[٧]. رواه أحمد ومسلم وأبو داود. (وعنه) يبطل العقد والشرط، لأنه شرط منهي عنه، إذ الجاهلية كانوا يفعلون ذلك.

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٦٢٦، ومسلم ١١/ ٧٣.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٥٩، والنسائي ٦/ ٢٧٢، وأحمد ٥/ ١٨٩.

(٣) أخرجه البخاري حديث ٢٦٢٥، ومسلم ١١/ ٧١.

(٤) أخرجه مسلم ١١/ ٧٢، وأحمد ٣/ ٣١٢.

(٥) المسند ٣/ ٢٩٩.

(٦) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٤٠١.

(٧) أخرجه مسلم ١١/ ٧١، وأبو داود حديث ٣٥٥٥، وأحمد ٣/ ٢٩٤.

٢١٨٥ ـ فنهى الشارع عنه بقوله ﷺ: «لا تعمروا، ولا ترقبوا»(١) والنهي يقتضي الفساد، وإذاً يفسد العقد، لاختلاف الرضى بدونه، والله أعلم.

قال: وإذا قال: سكناها لك عمرك. كان له أخذها أي وقت أحب، لأن السكنى ليست كالعمرى والرقبى.

ش: هذه هبة منفعة، والمنافع إنما تستوفى بمضي الزمان شيئاً فشيئاً، فلا تلزم إلا في قدر ما قبضه واستوفاه، وقوله: لأن السكنى ليست كالعمرى والرقبى قد تقدم بيان العمرى وأما الرقبى فهي هبة ترجع إلى المرقب إذا مات المرقب، ومعناها أنها لآخرهما موتاً، وحكمها حكم العمرى المشروط رجوعها إلى المعمر، فيها الروايات، سواء أطلق فقال: أرقبتك هذه. أو صرح بموضوعها فقال: هي لآخرنا موتاً، والله أعلم.

باب اللقطة

ش: حكي عن الخليل رحمه الله: (اللقطة) بضم اللام، وفتح القاف، الكثير الالتقاط، وبسكون القاف ما يلتقط. قال أبو منصور: وهو قياس اللغة. وقال الأصمعي، وابن الأعرابي والفراء: هي بفتح القاف اسم للمال الملقوط أيضاً. ويقال فيه أيضاً: «لقاطة» بضم اللام «ولقطة» بفتح اللام والقاف، وهي في الاصطلاح: المال الضائع عن ربه، يلتقطه غيره.

٢١٨٦ ـ والأصل فيها ما روى زيد بن خالد الجهني قال: سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب، فقال: «اعرف وكاءها، وعفاصها، ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها، ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه» وسأله عن ضالة الإبل فقال: «ما لك ولها، دعها فإن معها حذاؤها وسقاؤها، ترد الماء، وتأكل الشجر، حتى يجدها ربها» وسأله عن الشاة فقال: «خذها، فإنما هي لك، أو لأخيك أو للذئب»(٢) متفق عليه، وفي أحاديث أخر. والله أعلم.

قال: ومن وجد لقطة عرفها سنة، في الأسواق، وأبواب المساجد.

ش: من وجد لقطة وجب عليه تعريفها، وإن لم يرد تملكها، لما تقدم من حديث زيد بن خالد.

٢١٨٧ ـ وفي رواية عنه «لا يؤوي الضالة إلا ضال ما لم يعرفها»(٣) رواه أحمد، ومسلم، وقدر التعريف سنة للحديث.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٥٦، والنسائي ٦/ ٢٧٣.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٤٢٧، ومسلم ١٢/ ٢٠ـ ٢٦.
(٣) أخرجه مسلم ١٢/ ٢٨، وأحمد ٤/ ١١٧.

وظاهر كلام الخرقي أن السنة تلي الالتقاط، وتكون متوالية، وهو صحيح، لظاهر الأمر، إذ مقتضاه الفور على قاعدتنا، ولأن صاحبها يطلبها عقب ضياعها، فإذا عرفت إذاً كان أقرب إلى وصولها إليه، بخلاف ما لو تأخر ذلك، فلو ترك التعريف بعض الحول أثم، وعرف بقيته، لقوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» وإن تركه جميع الحول سقط على المنصوص، لسقوط حكمة التعليف، وهو تطلع المالك لها في الحول الأول، وقيل: لا يسقط.

٢١٨٨ ـ نظراً لقوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» وهنا قد استطاع التعريف على وجه ناقص، فوجب عليه. انتهى، (ومحل التعريف) محل وجدانها، إن أمكن، وفي الأسوق، وأبواب المساجد، في أدبار الصلوات، ونحو ذلك من مجامع الناس، لأن المقصود من التعريف إظهار ربها عليها، وهذه الأماكن مظنة ذلك، بخلاف غيرها.

٢١٨٩ ـ ولا تعرف في المسجد، للنهي عن ذلك، ووقته النهار، وقد يفهم هذا من قوله: في الأسواق، وأبواب المساجد.

وصفته أن يقول: من ضاع منه شيء، أو نفقة، أو ذهب، ونحو ذلك، ولا يذكر الصفة.

وظاهر كلام الخرقي أنه يعرف القليل والكثير، وهو ظاهر إطلاق الحديث، ويستثنى من ذلك اليسير، الذي لا تتبعه النفس، كالتمرة، والكسرة، والسوط، ونحو ذلك، فإنه لا يجب تعريفه، ولواجده الانتفاع به.

٢١٩٠ ـ لما روى جابر رضي الله عنه قال: رخص لنا رسول الله ﷺ في العصا، والسوط، والحبل، وأشباهه، يلتقطه الرجل ينتفع به. رواه أبو داود[١].

٢١٩١ ـ وفي الصحيحين أنه ﷺ مر بتمرة في الطريق، فقال: «لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»[٢] والمعروف تقييد اليسير بما لا تتبعه نفوس أوساط الناس كما مثلنا، ونص أحمد ـ في رواية أبي بكر بن صدقة ـ على أنه يعرف الدرهم، وقال ابن عقيل في التذكرة: لا يجب تعريف الدانق ونحوه. وحمله في التلخيص على دانق الذهب، نظراً لعرف العراق، ولأبي محمد في الكافي احتمال بأن اليسير دون ثلاثة دراهم، لأنه تافه.

٢١٩٢ ـ بدليل قول عائشة رضي الله عنها: كانوا لا يقطعون في الشيء التافه.

وعموم «من» يشمل الذمي، وصرح به غيره، لعموم «من وجد لقطة» ولأنه أهل للتكسب، فيصح التقاطه، كاحتطابه ونحو ذلك، ثم قال أبو محمد: إنه يضم إليه أمين

(١) سنن أبي داود حديث ١٧١٧.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٤٣١، ومسلم ٧/ ١٧٧.

في التعريف والحفظ، وأكثر الأصحاب لم يتعرضوا لذلك، وجعله ابن حمدان على القول بضم الأمين إلى الفاسق، (ويشمل) الفاسق أيضاً، وهو صحيح لما تقدم، وهل يضم إليه أمين؟ فيه وجهان، (أحدهما) ـ وهو ظاهر كلام القاضي في الجامع، والشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي ـ لا، لأهليته للحفظ، بدليل إيداعه (والثاني) ـ واختاره القاضي في المجرد، وابن البنا، وبه قطع أبو البركات، وأبو محمد في كتابيه الكبيرين ـ نعم، حفظاً لمال الغائب، ثم قال القاضي: يكون الأمين هو المباشر للتعريف، لاتهام الفاسق، فربما قصر.

(ويشمل) أيضاً الرقيق، وهو صحيح، فإن كان مكاتباً فحكمه حكم الحر، وإن كان قناً صح التقاطه على المذهب، (وعنه) لا يصح إلا بإذن سيده، فعلى المذهب يصح تعريفه، ثم إن تلفت في حول التعريف بلا تفريط فلا شيء عليه، وأن تلفت بتفريطه، أو أتلفها ضمنها في رقبته لجنايته، وإن مضى حول التعريف هل يملكها؟ قال في التلخيص: قال أصحابنا: يخرج على الروايتين في ملك العبد. وهذا مقتضى كلام أبي البركات، قال صاحب التلخيص: وعلى ما بينت أن الروايتين فيما إذا ملكه السيد، لا يملك هنا بحال. وقطع أبو محمد في الكافي والمغني أن السيد يملك بمضي الحول، فإما أن نظر إلى ما قال صاحب التلخيص، وإما أنه فرع على المذهب، ثم إن صاحب المحرر قال: إن ملك وتلفت ضمنها في ذمته، وإن لم يملك ضمنها في رقبته، وقال في التلخيص: إنه يضمنها في ذمته، نص عليه. قال: لأنها للسيد، أو للعبد مضمونة في ذمته. وكذا قال طائفة من الأصحاب، منهم أبو محمد في المقنع، وهذا متوجه إن قلنا: إن العبد يملك، أما إن قلنا: إن الملك للسيد ـ، كما صرح به أبو محمد، واقتضاه كلام صاحب التلخيص وغيره ـ فالجناية على مال السيد، فلا تتعلق لا بذمته، ولا برقبته، بل الذي ينبغي أن تتعلق بذمة السيد، وإن قيل: إن لعبد لم يملك ولا السيد، تعين التعلق برقبته كجناياته، وهذه تحتاج إلى زيادة تحقيق، ولها فروع أخر ليس هذا موضعها، وحكم أم الولد والمعلق عتقها بصفة حكم القن. والله أعلم.

قال: فإن جاء ربها وإلا كانت كسائر ماله.

ش: يعني إذا عرفها فإن جاء ربها في الحول فهي باقية على ملكه، وإن انقضى الحول ولم تعرف، صارت عند انقضاء الحول كسائر مال الملتقط، على المذهب بلا ريب، لما تقدم من حديث زيد.

٢١٩٣ ـ وفي رواية فيه «فاستمتع بها» وفي رواية «وإلا فهي لك» قال في الانتصار: ونقل البغوي عنه ما يدل على أن اللقطة لا تملك. قلت: وهو غريب، لا تفريع ولا عمل عليه.

وقد شمل كلام الخرقي الغني والفقير، وهو المشهور من المذهب لما تقدم من حديث زيد.

٢١٩٤ ـ وفي حديث أبي بن كعب «فاستمتع بها» وشذ حنبل عن أصحابه، فنقل عن أحمد اختصاص التملك بالفقير، وأنكر ذلك الخلال.

٢١٩٥ ـ لما روى عياض بن حمار قال: قال رسول الله ﷺ: «من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل، وليحفظ عفاصها، ووكاءها، ثم لا يكتم، ولا يغيب، فإن جاء ربها فهو أحق بها، وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء»(١) رواه الخمسة إلا الترمذي، قال بعض الحفاظ: ورجاله رجال الصحيح. وظاهره أن واجدها لا يختص بها، بل سبيلها سبيل الأموال المضافة إلى الرب سبحانه، من الخمس وغيره، وحديث زيد بن خالد قضية في عين لا عموم لها، إذ يجوز أن النبي ﷺ رآه فقيراً، فأباح له الأخذ، أو لمصلحة أخرى، لأن الرسول ﷺ نائب الله في أمواله.

وشمل كلامه أيضاً الأثمان، والعروض، والشاة، ونحوها، ولا خلاف في ملك الأثمان، لنص حديث زيد بن خالد، واختلف فيما عداها، (فعنه) لا تملك مطلقاً.

٢١٩٦ ـ أما في الشاة ونحوها فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يؤوي الضالة إلا ضال»(٢) رواه أحمد، وأبو داود، والضالة اسم للحيوان، دون سائر اللقطة.

٢١٩٧ ـ وأما في العروض فلأن ذلك يروى عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم ولا يصح قياسها على الأثمان، فإن الغرض يتعلق بها، بخلاف الأثمان، (وعنه) تملك مطلقاً، وهي ظاهر كلام الخرقي هنا، وسينص عليها في الشاة، واختيار ابن أبي موسى، وأبي محمد، لحديث زيد بن خالد في الشاة، وهو نص في جواز التقاطها، وهو خاص، فيقدم على «لا يؤوي الضالة» الحديث، ولحديث عياض بن حمار «من وجد لقطة» مع التزام أن عموم الأشخاص، يقتضي عموم الأحوال.

٢١٩٨ ـ وروى الجوزجاني والأثرم قالا: حدثنا أبو نعيم، ثنا هشام بن سعد، قال: حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: أتى رجل رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتاء، أو في قرية مسكونة؟ قال: «عرفه سنة، فإن جاء صاحبه وإلا فشأنك به».

٢١٩٩ ـ وروى الجوزجاني عن عمر وابنه ما يدل على أن العروض تملك، (وعنه) رواية ثالثة ـ وهي المشهورة في النقل والمذهب، عند عامة الأصحاب ـ أن الشاة ونحوها تملك دون العروض، وقد فهم دليلها مما تقدم.

وحيث قلنا: لا تملك العروض. (فعنه) تعرف أبداً، اختارها أبو بكر في (زاد المسافر) وابن عقيل أظنه في (الفصول)، (وعنه) ـ وهو المشهور عنه، واختيار

(١) أخرجه أبو داود حديث ١٧٠٩، وابن ماجه حديث ٢٥٠٥، وأحمد ٤/ ١٦١.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ١٧٢٠، وأحمد ٤/ ٣٦٠.

الخلال، وزعم أن الأول قول أول ـ تباع ويتصدق بثمنها بشرط الضمان، وقال القاضي في الخصال: يخير بين تعريفها أبداً، وبين دفعها إلى الحاكم، ليرى رأيه فيها. وقال ابن عقيل في التذكرة: يدفعها إلى الحاكم.

وشمل كلام الخرقي أيضاً لقطة الحل والحرم، وهو إحدى الروايتين، واختيار الجمهور، لحديث زيد بن خالد، وعياض بن حمار، التزاماً بأن عموم الأشخاص يتناول عموم الأحوال، إذ قوله ﷺ: «من وجد لقطة» عام في كل واجد، وعموم الواجدين يستلزم عموم أحوالهم.

وكذلك سؤال زيد عن لقطة الذهب، اسم جنس مضاف، فيشمل كل لقطة ذهب، ويلزم منه عموم أحوالها (والثانية): لا تملك لقطة الحرم بحال، بل تعرف أبداً.

٢٢٠٠ ـ لقوله ﷺ في بلد مكة «ولا تحل لقطتها إلا لمنشد»[1] أي لمنشد على الدوام، وإلا غير لقطة الحرم لا تحل أيضاً إلا لقاصد تعريفها، وحفظها.

٢٢٠١ ـ ويؤيد هذا ما روى عبد الرحمن بن عثمان التيمي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن لقطة الحاج[2]، رواه مسلم. وهذا أخص من تلك فيقيد، لا سيّما ويمنع: أن عموم الأشخاص (لا) يستلزم عموم الأحوال.

وقول الخرقي: وإلا فهي كسائر ماله. ظاهره أنها تدخل في ملكه من غير اختياره، وكذا نص أحمد في رواية الجماعة، وعليه الجمهور، لظواهر الأحاديث السابقة.

٢٢٠٢ ـ وفي رواية لمسلم في حديث زيد بن خالد «فإن جاء صاحبها، فعرف عفاصها، ووكاءها وعددها، فأعطها إياه، وإلا فهي لك»[3] واختار أبو الخطاب في هدايته أنه لا يملكها حتى يختار ذلك، وحكاها ابن الزاغوني رواية.

ومقتضى كلامه أنه لو لم يعرفها التعريف السابق ـ وهو السنة ـ أنه لا يملكها، وهو صحيح، وكذلك لو لم يعرفها الحول، نعم إن أخر التعريف أو بعضه في الحول الأول لعذر، من مرض، أو حبس، أو صغر، ونحو ذلك، ملكها بالتعريف في ثاني الحول في وجه، وعلى المنصوص لا كالأول، والله أعلم.

قال: وحفظ وكاءها، وعفاصها، وحفظ عددها، وصفتها.

ش: هذا عطف على قوله: عرفها سنة. فيحتمل أنه واجب مطلقاً كالتعريف، لظاهر حديث زيد ويحتمل أنه مطلوب جملة، ثم عند الالتقاط مستحب، وعند تمام

(١) أخرجه البخاري حديث ١١٢، ٢٤٣٤، ومسلم ١١/١٢٦.
(٢) أخرجه مسلم ١٢/٢٨، وأحمد ٣/٤٩٩.
(٣) أخرجه مسلم ١٢/٢٥، وأبو داود حديث ١٧٠٨.

التعريف، وإرادة التصرف فيها أو خلطها بماله واجب، وهو ظاهر كلامه، وعليه شرح أبو محمد، وفاقاً للأصحاب، لأن دفعها إلى ربها يجب بما ذكر، فلا بد من معرفته نظراً إلى أن ما لا يتم الواجب إلا به واجب.

٢٢٠٣ ـ وفي رواية عن أبي كعب أنه قال: وجدت مائة دينار، فأتيت بها النبي ﷺ فقال: «عرفها حولاً» فلم تعرف، فرجعت إليه فقال: «اعرف عدتها ووعاءها، ووكاءها، واخلطها بمالك» وظاهره أن الخلط مرتب على معرفة ما تقدم، وأنه قبل التعريف لم يأمره بذلك، وهذه القرينة الصارفة لحديث زيد وغيره عن الوجوب، «والوكاء» الخيط الذي تلبط به، «والعفاص» الوعاء الذي تكون فيه، من خرقة أو غيرها، وفي معنى العدد الكيل والوزن، ويبالغ في معرفة صفتها، وكل شيء تعرف به.

وظاهر كلام الخرقي أنه لا يجب الإِشهاد عليها، وهو المشهور، نظراً إلى حديث زيد وغيره، حيث لم يأمره ﷺ بالإِشهاد، نعم يستحب، لحديث عياض بن حمار، وأوجبه ابن أبي موسى، وأبو بكر في التنبيه، لظاهر الأمر، والشهود عدلان فصاعداً، ولا يشهد على الصفات، نص عليه، لاحتمال شياعه، فيعتمده المدعي الكاذب، والله أعلم.

قال: فإن جاء ربها فوصفها دفعت إليه بلا بينة.

ش: يعني إذا جاء ربها بعد الحول، وصيرورتها كسائر مال الملتقط، وهي باقية، فوصفها بالصفات السابقة، وجب دفعها إليه بلا بينة، وإن لم يغلب على ظنه صدقه.

٢٢٠٤ ـ لأن في حديث أبي بن كعب قال: «عرفها، فإن جاء أحد يخبرك بعدتها، ووعائها، فأعطها إياه، وإلا فاستمتع بها» رواه أحمد، ومسلم، والترمذي.

٢٢٠٥ ـ وفي حديث زيد «فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه» وفي رواية فيه «فإن جاء صاحبها، فعرف عفاصها، وعددها، ووكاءها، فأعطها إياه، وإلا فهي لك».

٢٢٠٦ ـ ولا ينافي هذا قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر». إذ هذا مع وجود منكر، ولا منكر في صورة اللقطة، فهي غير داخلة في الحديث، ولو سلم دخولها، فالتخصيص ـ وقد قام دليله ـ يخرجها، مع أنا نقول البينة ما تبين الحق وتظهره، والصفة هنا بهذه المثابة، لتعذر إقامة البينة عليها غالباً، لأنها تسقط في حال الغفلة والسهو.

وظاهر كلامه أنه لو ادعاها بلا صفة لم تدفع إليه، وهو ظاهر لما تقدم، وقوة كلامه يقتضي أنه لا يجب عليه دفع زيادتها معها والحال ما تقدم، وهو أحد الوجهين، أو الروايتين، على ما في التلخيص، واختيارأبي محمد، لحدوثها في ملكه، (والثاني):

يأخذها ربها بها، كما يأخذها بالزيادة المتصلة، وكالبائع الراجع على المفلس، أما في حول التعريف فإنها ترد بزيادتها مطلقاً، لبقائها على ملك مالكها، والله أعلم.

قال: أو مثلها إن كانت قد استهلكت.

ش: اختيار أبي محمد رحمه الله أن اللقطة بعد الحول تملك بغير عوض يثبت في ذمته، وإنما يتجدد العوض بمجيء صاحبها، وعند القاضي وكثير من أصحابه لا يملكها إلا بعوض يثبت في ذمته لصاحبها، وعلى القولين يزول ملك الملتقط عنها بوجوده إن كانت باقية، ويجب عليه إذاً بدلها، وهو مثلها، أو قيمتها إن كانت تالفة، لحديث زيد، فإنه أمره بإنفاقها، ثم قال: «ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه» فأمره ﷺ بدفعها إلى ربها، بعد إباحة إنفاقها.

٢٢٠٧ ـ وقال الأثرم: قال أحمد: أذهب إلى حديث الضحاك بن عثمان، جوده ولم يروه أحد مثل ما رواه، إن جاء صاحبها بعد سنة، وقد أنفقها ردها إليه، وحكى عنه أنه لوح إلى عدم الضمان، لحديث عياض بن حمار، لأن فيه «فهو مال الله يؤتيه من يشاء» وظاهره أنه مباح، ولما تقدم من قوله ﷺ: «فهي لك» وللأول أن يقول بموجبه، إذ جعلها له، وكون الله آتاه إياها، لا ينافي وجوب الضمان عليه بوجود ربها، وعلى هذا لو نقصت ضمن نقصها، وتعتبر القيمة حين التملك، قاله في التلخيص، وهو ظاهر على رأي القاضي ومتابعيه، أما على رأي أبي محمد فينبغي اعتبارها حين وجود ربها، وكذا صرح به أبو البركات، وهذا كله بعد الحول، أما قبله فهي أمانة، كبقية الأمانات، والله أعلم.

قال: وإن كان الملتقط قد مات فصاحبها غريم بها.

ش: إذا مات الملتقط، بعد أن صارت اللقطة كمال الملتقط، ثم جاء ربها، فهو غريم بها، يرجع ببدلها إن اتسعت التركة، وإلا تحاص الغرماء، لما تقدم من أنه إنما يملكها مضمونة عليه، إما حين التملك، وإما حين وجود ربها، وكلام الخرقي يحتمل أن يريد ما إذا تلفت، بقرينة المسألة السابقة، وعليه شرح أبو محمد، ويحتمل أن يريد أنه غريم وإن كانت باقية، تنزيلاً لانتقالها إلى الوارث منزلة الانتقال إلى الأجنبي، ولو انتقلت إلى أجنبي لم يلزم إلا بدلها، فكذلك إلى الوارث، ثم عى الأول ظاهر كلام الخرقي وغيره أنه لا فرق بين أن يعلم تلفها بعد الحول أو لا، وفي المغني احتمال أنه لا يلزم عوضها إن لم يعلم تلفها بعد الحول، لاحتمال تلفها في الحول، وهي إذاً أمانة، والله أعلم.

قال: وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً معلوماً فله أخذه، إن كان التقطها بعد أن بلغه الجعل.

ش: الجعالة جائزة في الجملة، لقول الله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠

بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢].

٢٢٠٨ ـ وعن أبي سعيد رضي الله عنه قال: انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها، حتى نزلوا على حي من أحياء العرب، فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم، فلدغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء، لا ينفعه شيء، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا، لعلهم أن يكون عندهم بعض شيء. فأتوهم فقالوا: أيها الرهط إن سيدنا لدغ، وسعينا له بكل شيء لا ينفعه، فهل عند أحد منكم شيء؟ فقال بعضهم: والله إني لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً، فصالحوهم على قطيع من غنم، فانطلق يتفل عليه ويقرأ: ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ۝﴾ فكأنما نشط من عقال، فانطلق يمشي وما به قلبة، قال: فأوفوهم الذي صالحوهم عليه، فقال بعضهم: اقتسموا. فقال الذي رقى: لا تفعلوا حتى نأتي النبي ﷺ، فنذكر له الذي كان، فننظر الذي يأمرنا. فقدموا على النبي، فذكروا له ذلك، فقال: «وما يدريك أنها رقية؟» ثم قال: «قد أصبتم، اقسموا، واضربوا لي معكم سهماً» وضحك النبي ﷺ[(١)]. متفق عليه، واللفظ للبخاري، والحكمة تقتضي ذلك، فإن العمل قد يكون مجهولاً كصورتنا، فتتعذر الإجارة فيه، والحاجة تدعو إلى رده، وقد لا يجد متبرعاً فاقتضت حكمة الشارع جواز ذلك.

إذا تقرر هذا فإذا جعل رب اللقطة لمن وجدها شيئاً معلوماً، فلمن وجدها أخذه، لما تقدم، ولقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» وكما لو استأجره على بناء حائط، ونحو ذلك، لكن بشرط أن يلتقطها بعد أن بلغه الجعل، ليكون عمله في مقابلة الجعل، أما إن وجدها قبل بلوغ الجعل فلا شيء له، لأنه متبرع بعمله.

وقد تضمن كلام الخرقي أموراً (منها) أنه لا يشترط العلم بالعمل، ولا المدة، وهو صحيح، بخلاف الإجارة، والحكمة ما تقدم، (ومنها) أنه لو قدر المدة، كأن قال: إن وجدتها في شهر ونحو ذلك. صح نظراً لإطلاق كلامه، لاحتمال الغرر فيها، بخلاف الإجارة على الصحيح، (ومنها) أنه لا يشترط تعيين العامل، للحاجة الداعية إلى ذلك، بخلاف الإجارة، (ومنها) أن العمل قائم مقام القبول، لأنه يدل عليه، أشبه الوكالة، (ومنها) أن الجعل لا بد وأن يكون معلوماً، كالإجارة وغيرها من العقود، وحمل البعير في الآية معلوم عندهم، والقياس على العمل لا يصح، للحاجة الداعية ثم، بخلاف هنا، وفي المغني تخريج بجواز جهالة الجعل، إن لم يمنع التسليم، كقوله: من رد ضالتي فله نصفها. بخلاف: فله شيء. من قول الإمام: إذا قال الأمير في الجهاد: من جاء بعشرة رؤوس فله رأس. جاز، ومن قوله: إذا جعل جعلاً لمن يدله على قلعة أو طريق، من مال الكفار مجهولاً، كجارية بعينها، وقد عرف من هذا

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٢٧٦، ومسلم ١٤/١٨٧.

ما توافق الجعالة الإِجارة فيه، وما تخالفها، وتخالفها أيضاً في أن الإِجارة عقد لازم، والجعالة عقد جائز، وتوافقها في أن ما جاز أخذ العوض عليه في الإِجارة جاز في الجعالة، وما لا فلا.

وظاهر كلام الخرقي أن الجعل في مقابلة الوجدان، وهو ظاهر كلام أبي البركات وغيره، فعلى هذا هي بعد الوجدان كغيرها من اللقطات، لصاحبها أخذها، ولا يجب على الملتقط مؤونة ردها، وقال في المغني: إذا قال: من وجد لقطتي فله دينار. فقرينة الحال تدل عى اشتراط الرد، إذ هو المقصود، لا الوجدان المجرد، وإنما ذكر الوجدان لأنه سبب الرد، فكأنه قال: من وجد لقطتي فردها عليّ. قلت: ولعله يريد بالرد تسليم العين، أو التمكين منها، وكذلك يريد الخرقي بالوجدان الوجدان المقصود، لا مجرد الوجدان، حتى لو ضاعت بعد أو تلفت استحق الجعل، لأن هذا غير مقصود قطعاً، وإذاً يرتفع الخلاف.

ومفهوم كلام الخرقي رحمه الله كما تقدم أنه لو وجد اللقطة قبل بلوغ الجعل أنه لا شيء له، وكذلك في كل عمل عمله لغيره بغير جعل، لئلا يلزم الإِنسان ما لم يتلزمه، ولم تطب نفسه به، إلا في صورة واحدة وهي رد الآبق، فإن فيه مقدراً على المشهور المعروف، والمختار للأصحاب.

٢٢٠٩ ـ لأنه يروى عن عمر، وعلي، وابن مسعود رضي الله عنهم ولم نعرف لهم في زمنهم مخالفاً.

٢٢١٠ ـ وعن النبي ﷺ أنه جعل في رد الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً، ولأن المصلحة تقتضي ذلك، لئلا يلحقوا بدار الحرب ويرجعوا عن دينهم، وبذلك فارقوا غيرهم، وتوقف في رواية ابن منصور فقال: لا أدري، قد تكلم الناس فيه، لم يكن عنده فيه حديث صحيح، فأخذ من ذلك أبو محمد رواية بأنه لا شيء فيه، وقال: وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله: وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى ربه ما أنفق عليه، ولم يذكر جعلا، وأقرب إلى الصحة، قياساً على غيرهم، لأن الأصل عدم الوجوب، والحديث مرسل، وفيه مقال، ولهذا قال ابن منصور عن الإِمام: لم يكن عنده فيه حديث صحيح. وفي أخذ رواية من هذا نظر، لأن الواقف لا ينسب له قول، وكونه ظاهر قول الخرقي ينازع فيه أيضاً، لأن الخرقي ذكر هذا في النفقات، وهو بصدد بيانها، لا بيان الجعل، وعلى كل حال فالمذهب الأول.

وعليه اختلف في قدر الجعل، واتفق الأصحاب فيما علمته أنه إن رده من خارج المصر ففيه روايتان (إحداهما) ـ واختارها الخلال ـ أن الواجب له أربعون درهماً.

٢٢١١ ـ اعتماداً على أن ذلك قول ابن مسعود رضي الله عنه. (والثانية) أنه دينار أو اثنا عشر درهماً.

٢٢١٢ ـ نظراً إلى أنه يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما واختلف نقل الأصحاب فيما إذا رده من المصر، ففي الهداية، والمقنع، والمحرر، أن الواجب له دينار، أو اثنا عشر درهماً، وفي الخصال لابن البنا، وكتاب الروايتين، أنه عشرة دراهم، وبالغ القاضي في ذلك فقال: إن الرواية لا تختلف في ذلك، وفي المغني أنه دينار أو عشرة دراهم، وفي الكافي أنه دينار، أو اثنا عشر درهماً في رواية، وفي أخرى دينار، وفي خلاف الشريف، وأبي الخطاب، والجامع الصغير، أنه دينار أو اثنا عشر درهماً في رواية، وفي أخرى عشرة دراهم وجمع الطرق أنه دينار أو اثنا عشر درهماً في رواية، وفي أخرى دينار أو عشرة دراهم، وفي ثالثة دينار، وفي رابعة عشرة دراهم، وقد نقل ابن هانىء عن أحمد فيمن عمر قناة قوم أنه يرجع عليهم، ذكر ذلك القاضي في الغصب، من كناب التعليق، وذكره من رواية محمد بن أبي حرب الجرجاني، وعلله بأن الآثار بمنزلة الأعيان، فكما أن يرجع بالأعيان، كذلك يرجع بالآثار، قلت: وهذا التعليل إنما يقتضي الرجوع فيما عمله، بأن يزيله، كما يرجع في الأعيان، لا أنه يرجع ببدل ذلك على مالك العين، والله أعلم.

قال: وإن كان الذي وجد اللقطة سفيهاً أو طفلاً قام وليه بتعريفها، فإن تمت السنة ضمها إلى مال واجدها.

ش: إذا وجد اللقطة سفيه أو طفل قام وليه بالتعريف، لأن واجدها ليس أهلاً للتعريف، والولي قائم مقامه، ونائب منابه، فإذا تم التعريف ضمها الولي إلى مال واجدها، وصارت كسائر ماله، لأنها من أكسابه، أشبه اصطياده، ونحو ذلك، وقد تضمن كلام الخرقي صحة التقاط الصبي والسفيه، وهو صحيح. لعموم قوله: «من وجد لقطة» ونحو ذلك، وكما يصح احتطابه وغيره، والله أعلم.

قال: وإذا وجد الشاة بمصر أو بمهلكة فهي لقطة.

ش: يعني فله أخذها، وهذا (إحدى الروايتين) وأشهرهما، لما تقدم من قوله عليه السلام في حديث زيد بن خالد «فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب» (والرواية الثانية) لا يلتقطها إلا الإمام، لقوله: «لا يأوي الضالة إلا ضال» وعلى الأولى ـ وهي المذهب ـ هل يملكها بالتعريف؟ فيه روايتان قد تقدمتا، وحكم كل ما لا يمتنع من صغار السباع ـ الثعلب، وابن آوى، والذئب، ونحو ذلك ـ كفصلان الإبل، وعجول البقر، وأفلاء الخيل، والأوز، والدجاج، ونحوها ـ حكم الشاة فيما ذكرنا. وقد دل مفهوم كلام الخرقي عى ذلك فيما بعد.

وظاهر كلام الخرقي أنها تعرف كغيرها من اللقطان، وهو مقتضى كلام صاحب التلخيص وأبي البركات، وغيرهما، وزعم أبو محمد أن الأصحاب لم يذكروا لها تعريفاً، ثم قال أبو محمد: إن واجدها يخير بين ثلاثة أشياء، (أكلها) وعليه قيمتها، (وبيعها) وحفظ ثمنها، (وحفظها) والإنفاق عليها من ماله، وهل يرجع به إن لم ينو

التبرع؟ فيه روايتان، وظاهر كلام صاحب التلخيص يخالفه في الأخير، لأنه قال: لا يبيع بعض الحيوان للنفقة عليه، لأنه يفضي إلى بيع كله.

ونبه الخرقي بقوله: بمصر أو بمهلكة. على قول مالك ومن وافقه، من أن إن وجدها بمصر أخذها وذبحها، وبمهلكة يحفظها إلى أن يجيء ربها.

(واعلم) أنها إنما تكون لقطة بالمهلكة إذا لم يعلم أن صاحبها تركها، أما لو تركها صاحبها يالمهلكة ترك الإياس منها، فليست بلقطة، وهي لمن أحياها، نص عليه، والله أعلم.

قال: ولا يتعرض لبعير، ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه.

ش: لا يتعرض لبعير، لنص حديث زيد، ولا لما فيه قوة يمنع نفسه عن صغار السباع، كالخيل، والبغال، والبقر، لما علل به من قوله: «دعها فإن معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء، وتأكل الشجر، حتى يجدها ربها» وقال في الشاة «خذها، فإنما هي لك، أو لأخيك أو للذئب» فعلل جواز أخذ الشاة بكونها معرضة للذئب، ومنع من أخذ البعير لكونه معه حذاؤه فيرعى، «وسقاؤه» وهو ما يوعي في بطنه من الماء، وهو لكبر جثته لا يقدر عليه الذئب ونحوه، فيؤمن من تلفه غالباً.

٢٢١٣ ـ وقد روى منذر بن جرير رضي الله عنهما، قال: كنت مع أبي جرير، بالبوازيج في السواد، فراحت البقر، فرأى بقرة أنكرها فقال: ما هذ البقرة؟ قالوا: بقرة لحقت بالبقر. فأمر بها فطردت حتى توارت، ثم قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يؤوي الضالة إلا ضال»[1] رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وألحق الأصحاب بذلك الحمر، نظراً إلى صورتها، وألحقها أبو محمد بالشاة، نظراً إلى مشاركتها في علتها، وهو تعرضها للذئب، ومفارقتها للإبل في عدم صبرها على الماء، وحكم ما يمتنع من صغار السباع بطيرانه كالطيور كلها، أو بسرعته، كالظباء ونحوها، أو بنابه، كالفهد والكلب ـ على وجه ـ حكم الإبل ونحوها، نعم إن كانت الصيود متوحشة، إذا تركت ذهبت إلى الصحراء، وعجز عنها صاحبها جاز التقاطها، قاله أبو محمد، ويلحق بالإبل من غير الحيوان ما يتحفظ بنفسه كأحجار الطواحين وكبير الخشب، ونحو ذلك بطريق الأولى، لأن الإبل متعرضة للتلف في الجملة، بخلاف هذه.

وقوله: ولا يتعرض لبعير. هذا في غير الإمام أو نائبه، أما الإمام أو نائبه فله أخذها ليحفظها لمالكها، لا ليتملكها.

٢٢١٤ ـ لما روى مالك في موطئه[2] عن ابن شهاب قال: كانت ضوال الإبل في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه إبلاً مؤبلة تتناتج، ولا يمسها أحد، حتى إذا كان عثمان أمر بمعرفتها، ثم تباع، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها. والله أعلم.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢١٩٥.
(٢) الموطأ ٢/ ٢٢٧.

كتاب اللقيط

ش: اللقيط فعيل بمعنى مفعول، كجريح، وطريح وقتيل، ونحو ذلك، وهو الذي يوجد مرمياً على الطرق، لا يعرف أبوه، ولا أمه، بشرط أن لا يبلغ سن التميز، أو بلغها ولم يبلغ على المذهب، وهو من فروض الكفايات، لقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢] ولأن فيه إحياء نسمة، أشبه إنجاءه من الغرق، والله أعلم.

قال: واللقيط حر.

ش: نظراً إلى الأصل، لأن الله خلق آدم وذريته أحراراً، والرق عارض.

٢٢١٥ ـ وعن سنين أبي جميلة أنه وجد منبوذاً في زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: فجئت به إلى عمر فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدتها ضائعة فأخذتها. فقال عريفه: يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح. فقال: كذلك؟ قال: نعم. قال عمر: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته. رواه مالك[1]. والله أعلم.

قال: وينفق عليه من بيت المال، إن لم يوجد معه شيء ينفق عليه منه.

ش: ينفق على اللقيط من بيت المال، إن لم يوجد معه ما ينفق عليه، لما تقدم عن عمر رضي الله عنه، ولأن بيت المال وارثه، فكان نفقته عليه كقرابته، فإن تعذر ذلك، فعلى من علم حاله من المسلمين الإنفاق عليه، حذاراً من هلاكه، كإنجائه من الغرق، أما إن وجد معه شيء فإنه ينفق عليه منه، لأنه محكوم له به، لأنه يملك، وله يد صحيحة، بدليل أنه يرث، ويورث، ويملك أن يشتري له وليه، ونحو ذلك، أشبه البالغ وإذاً ينفق عليه من ماله كغيره، ويتولى الإنفاق عليه من يحضنه على المشهور، وهو ظاهر كلام الخرقي، واختاره ابن حامد، وابن الزاغوني، وابن البنا، وصاحب النهاية، وغيرهم، لأن له ولاية عليه، أشبه وصي اليتيم، ولأن هذا من الأمر بالمعروف، فلا يفتقر إلى حاكم، كإراقة الخمر، وقيل عنه ما يدل على وجوب استئذانه، ونازع أبو محمد في دلالة ذلك، وعليها إن أنفق بدون إذنه ضمن.

وقد أشعر كلام الخرقي بأن ما وجد مع اللقيط يكون له، وهو صحيح، كالذي يوجد في يده من نقد وغيره، أو عليه من ثياب ونحوها، أو تحته من فراش ونحوه،

---

(١) الموطأ ٢/ ٢١٢.

أو مشدوداً بثيابه، قال أبو محمد: أو ما جعل فيه كخيمة أو دار، وظاهر كلام أبي البركات مخالفته، أو ما طرح قريباً منه، في وجه قطع به أبو البركات، وأبو محمد في الكافي، وصححه في المغني، عملاً بالظاهر، وفي آخر ـ وأورده أبو الخطاب مذهباً ـ لا يكون له كالبعيد، أو دفن تحته، على احتمال في الهداية، كالطرح بقربه، وعلى ما أورده فيها مذهباً، وقطع به ابن البنا لا يكون له، كالبالغ فإنه لو كان تحته دفين لم يكن له، وتوسط أبو البركات، متابعة لابن عقيل، فجعله له بشرط طراوة الدفن، اعتماداً على القرينة، والله أعلم.

قال: وولاؤه لسائر المسلمين.

ش: يعني ميراثه، شبهه بالرقيق لعدم معرفة نسبه، وأراد «بسائر» جميع، جرياً على قاعدته، وإنما كان كذلك لأنهم يرثون مال من مات ولا وارث له، واللقيط كذلك، وقد دل كلام الخرقي على أن ولاءه لا يكون لملتقطه، وهو صحيح.

٢٢١٦ ـ لقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»[١] وحديث عمر قيل: أراد بالولاء الولاية عليه، جمعاً بين الأدلة.

٢٢١٧ ـ وحديث «تحوز المرأة ثلاثة مواريث، عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت عليه»[٢] رواه أبو داود، والترمذي وحسنه. قال ابن المنذر: لا يثبت. والله أعلم.

قال: وإن لم يكن من وجد اللقيط أميناً منع من السفر به.

ش: إذا لم يكن الذي وجد اللقيط أميناً ـ كأن كان فاسقاً ـ منع من السفر به، حذاراً من ادعاء رقه أو بيعه، ونحو ذلك، وكذلك إن كان مستور الحال، في وجه اختاره في الكافي، احتياطاً ونظراً لجانب اللقيط، لأنا لا نأمن خيانته، وفي آخر يجوز أن يسافر به كما يقر في يده، إذ الظاهر من حال المسلم الأمانة، وقد اقتضى كلام الخرقي أنه يقر في يد الفاسق في الحضر، وهو أحد الوجهين، لأنه قد سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فيكون أحق به، ولأنه أهل للحفظ في الجملة، بدليل صحة إيصائه، (والثاني) ـ واختاره القاضي، وأبو البركات وغيرهما ـ لا يقر في يده، لأنه نوع ولاية، وليس من أهلها، وعلى الأول قال أبو محمد: يضم إليه أمين يشارفه، وشهد عليه، ويشيع أمره، ليؤمن التفريط فيه، وظاهر كلام الخرقي أنه لا يشترط شيء من ذلك، وكذلك أجراه صاحب التلخيص وغيره على ظاهره.

ومفهوم كلامه أنه إذا كان من التقطه أميناً أقر في يده، وسافر به، أما الإقرار في

(١) أخرجه البخاري حديث ٤٥٦، ٢٥٦٣، ومسلم ١٠/١٣٩.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢٩٠٦، والترمذي ٢١٩٨، وأحمد ٣/ ٤٩٠.

يده، فلا نزاع فيه، لحديث عمر، لكن يشترط كونه حراً، مكلفاً، مسلماً، رشيداً، فلا يقر في يد عبد، وإن كان مكاتباً، لعدم تفرغه للحضانة، ولا في يد صبي، ولا مجنون، لأنهم مولى عليهم، لا أن لهم ولاية، ولا في يد كافر وإن أقر في يد الفاسق، لأن خطر الدين عظيم. نعم حيث حكم بكفر اللقيط أقر في يده، لزوال المانع، ولا في يد مبذر، وإن لم يكن فاسقاً، قاله في التلخيص، لأنه ليس بأهل للأمانات الشرعية، وأما السفر به فيجوز للأمن عليه، لكن إن أراد السفر للنقلى، فإن كان من بدو إلى حضر جاز، لأنه أرفه له، وأومن عليه، وإن كان من حضر إلى بدو منع، حذاراً من المشقة، والخوف عليه، وإن كان من حضر إلى حضر فوجهان، الجواز للاستواء، والمنع لأن ظهور نسبه في محل التقاطه أغلب، ولم يعارض ذلك ما يرجح عليه من رفاهيته، والأمن عليه، والله أعلم.

قال: وإذا ادعى اللقيط مسلم وكافر، أري القافة، فبأيهما ألحقوه لحق.

ش: إذا ادعى اللقيط مسلم وكافر، أو حر وعبد، أي ادعوا نسبه، فهما سواء في الدعوى، كما تضمنه كلام الخرقي، ونص عليه أحمد، وعليه الجمهور، لأن كل واحد منهما لو انفرد صحت دعواه، فإذا تنازعوا تساووا بالدعوى، كالأحرار المسلمين، وحكى ابن أبي موسى وجهاً أن الكافر والحال هذه لا يلتفت إلى دعواه إلا ببينة، ثم إن كان لأحدهما بينة حكم له، وإن تساووا في البينة أو عدمها أري القافة معهما، فأيهما ألحقته به لحق.

٢٢١٨ ـ لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: إن رسول الله ﷺ دخل عليّ مسروراً تبرق أسارير وجهه، فقال: «ألم تري أن مجززاً نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة، وأسامة بن زيد، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»[1] رواه الجماعة، وفي رواية لمسلم وغيره «قد غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامهما» وفي لفظ: قالت دخل قائف والنبي ﷺ شاهد، وأسامة بن زيد، وزيد بن حارثة مضطجعان، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض. فسر بذلك النبي ﷺ، وأعجبه، وأخبر به عائشة، متفق عليه.

٢٢١٩ ـ قال أبو داود: وكان أسامة أسود، وكان زيد أبيض. فسروه بذلك، وإخباره به، دليل الاعتماد عليه، ولأنه يحصل غلبة الظن، أشبه البينة، ويؤيد ذلك أن عمر رضي الله عنه حكم بذلك في خلافته كما سيأتي إن شاء الله تعالى، ولم ينكره منكر.

وقد نبه الخرقي بذكر هذه المسألة على تساوي المسلم والكافر في الدعوى، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله، في تقديمه المسلم، وعلى أن القافة تعتبر، خلافاً للشافعي، واقتصاره على الاثنين يحتمل لأنه يجوز أن يلحق بهما، ولا يلحق بأكثر

(١) أخرجه البخاري حديث ٣٥٥٥، ومسلم ١٠/ ٤٠.

منهما، وهو قول ابن حامد، قصراً على مورد النص.

٢٢٢٠ ـ وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه، في امرأة وطئها رجلان في طهر، فقال القائف: قد اشتركا فيه جميعاً فجعله بينهما.

٢٢٢١ ـ وعن علي: هو ابنهما، وهما أبواه، يرثهما ويرثانه. رواهما سعيد، وقال أحمد: حديث قتادة، عن سعيد، عن عمر: جعله بينهما وقابوس، عن أبيه، عن علي: جعله بينهما. ونص أحمد في رواية مهنا أنه يلحق بثلاثة، فاقتصر القاضي على ذلك، ومال الشيخان إلى إلحاقه بما زاد على الثلاثة، لأنه إذا جاز أن يخلق من اثنين، كما شهد به قضاء الصحابة، جاز أن يخلق من ثلاثة وأكثر.

(تنبيه): يعتبر للقائف الذكورية، والعدالة لأنه إما بمنزلة الشاهد، أو الحاكم والمعنيان معتبران فيهما، وأن يكون مجرباً في الإصابة، ليحصل الظن بقوله، وهل يكفي قائف واحد، ومجرد خبره، تنزيلاً له منزلة الحاكم، أو لا بد من اثنين، ولفظ الشهادة، تنزيلاً لهما منزلة الشاهدين؟ فيه روايتان، وفي اعتبار الحرية وجهان، بناء على الأصلين، والله أعلم.

كتاب الوصايا

ش: الوصايا جمع وصية، كالعطايا جمع عطية، قال الأزهري: سميت الوصية وصية لأن الميت لما أوصى وصل ما كان فيه من أيام حياته، بما بعده من أيام مماته، والأصل فيها قول الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾﴾ [البقرة: ١٨٠].

٢٢٢٢ ـ وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرىء مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه، إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه»[١] رواه الجماعة.

٢٢٢٣ ـ وعن أبي الدرداء رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم، عند وفاتكم زيادة في حسناتكم، ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم» رواه الدارقطني.

قال: ولا وصية لوارث إلا أن يجيز ذلك الورثة.

٢٢٢٤ ـ ش: عن أبي أمامة رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»[٢] رواه الخمسة إلا النسائي، وحسنه الترمذي.

٢٢٢٥ ـ وعن عمرو بن خارجة رضي الله عنه مثله، رواه الخمسة إلا أبا داود، وصححه الترمذي.

٢٢٢٦ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «لا يجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة»[٣].

٢٢٢٧ ـ وعن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال: «لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة» رواهما الدارقطني[٤].

وقول الخرقي: ولا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة. ظاهره أن الوصية

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٧٣٨، ومسلم ١١/ ٧٤، وأبو داود حديث ١٠٤٥، والنسائي ٦/ ٢٣٨، وابن ماجه حديث ٢٦٩٩، وأحمد ٢/ ٣، ٥٠.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢٨٧٠، والترمذي ٢٢٠٣، وابن ماجه حديث ٢٧١٣، وأحمد ٥/ ٢٦٧.

(٣) أخرجه الدارقطني ٤/ ٩٨.

(٤) سنن الدارقطني ٤/ ٩٨.

صحيحة، موقوفة على إجازة الورثة، فتكون إجازتهم تنفيذاً، وهذا هو المشهور المنصور في المذهب، حتى أن القاضي في التعليق، وأبا الخطاب في خلافه الصغير، وأبا البركات، وجماعة لم يذكروا في المسألة خلافاً، اعتماداً على حديثي ابن عباس وعبد الله بن عمرو، فإن مقتضاهما أن الوصية للوارث صحيحة، إذا أجازت الورثة، (وعنه) ما يدل على أن الوصية باطلة، أخذا من إطلاقه في رواية حنبل: لا وصية لوارث. وفيه نظر، فإذاً إجازة الورثة ابتداء عطية، اعتماداً على أن الصحيح في الرواية كما تقدم «لا وصية لوارث» وظاهره نفي الوصية مطلقاً، وللخلاف فوائد، (منها) إذا قلنا: إنها تنفيذ. لزمت بدون القبول والقبض، وإن اعتبرنا القبض في الهبة، وتصح مع جهالة المجاز، ومع كون المجاز وقفا على المجيز، وإن قلنا: وقف الإنسان على نفسه لا يصح. ولو كان المجاز عتقاً، كما لو تأخر العتق عن وصايا استغرقت الثلث، وقلنا: يبدأ بالأول فالأول على المذهب. فإن ولاءه للموصي، لأنه المعتق، فتختص به عصبته، ولو كان المجيز والد المجاز له، كما لو وهب ثلث ماله، ثم وصى لأخيه بماله، فأجاز ذلك الأب، لم يكن له الرجوع في المجاز به، لأنه ليس بهبة منه، وهو إنما يرجع فيما وهبه لولده، ولو جاوز المجاز الثلث زاحم ما لم يجاوزه، كما لو كان ثلثه مثلاً خمسين، فأوصى لرجل بمائة درهم، ولآخر بخمسين، ولآخر بخمسين، وأجاز الورثة الجميع، فإن المال ـ وهو المائة وخمسون ـ يقسم بينهم أرباعاً، لأن الوصية صحت في الجميع.

وعلى الرواية الأخرى تنعكس هذه الأحكام، فلا بد من القبول والقبض في المجاز، حيث اعتبرنا القبض في الهبة، لافتقارها إليهما، ويشترط كون المجاز معلوماً، إذ العلم شرط في صحة الهبة، ولو كان المجاز وقفاً على المجيز، كما لو وقف داره على ورثته، وهما ابناه، فأجازا ذلك، لم يصح إن لم يصح وقف الإنسان على نفسه، لأن الوقف حصل منهما، ولو كان المجاز عتقاً كان ولاؤه للمجيز، لأنه العتق حقيقة لا للموصي، ولو كان المجيز والد المجاز له، جاز له الرجوع فيما أجازه له، لأنه هبة منه، ولو جاوز المجاز الثلث لم يزاحم ما لم يجاوزه، ففي الصورة التي ذكرناها ثم، يقسم المال بين المجاز لهم أثلاثاً، لأن لصاحب المائة منها خمسون، والخمسون الزائدة على الثلث هبة مبتدأة من المجيزين، ولم يحصل لهم شيء يهبونه، وقد يقال: إن عدم المزاحمة إنما هو في الثلثين، لأن الهبة تختص بهما، والمجيز يشرك بينهما فيهما، أما الثلث فيقسم بينهم على قدر أنصابهم.

وعلى الروايتين يعتبر إجازة المجيز في مرضه من ثلثه، أما على الرواية الثانية فواضح، وأما على الأولى فلأنه تمكن من أخذ المال، وقد وجد سببه في حقه، فتسببه في إسقاطه بمنزلة تلفه، أشبه ما لو حاباه في بيع له فيه خيار، ثم أجازه في مرضه، فإن محاباته تعبر من الثلث.

واعلم أنه يستثنى من كلام الخرقي الوصية بالوقف على الوارث، فإنه يلزم في الثلث فما دون، على رواية وقد تقدمت، والله أعلم.

قال: ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث، فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصي جاز، وإن لم يجيزوا رد إلى الثلث.

ش: لا تجوز الوصية لوارث مطلقاً، لما تقدم، ولا لأجنبي بزائد على الثلث.

٢٢٢٨ ـ لما روي عن سعد بن أبي وقاص قال: جاءني رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد به، فقلت: يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا» قلت: فالشطر يا رسول الله؟ قال: «لا» قلت: فالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»[1] رواه الجماعة، فإن خالف ووصى للأجنبي بأكثر من الثلث، وأجاز ذلك الورثة نفذ، لأن الحق لهم لا يعدوهم، وهل إجازتهم تنفذ ـ بناء على أن الوصية صحيحة ـ، أو ابتداء عطية ـ بناء على أنها باطلة؟ على ما تقدم من الخلاف في التي قبلها، وإن لم يجيزوا صح الثلث فقط، لما تقدم من حديث سعد، وحديث أبي الدرداء: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم» الحديث، وشرط نفوذ إجازتهم وردهم أن يكون بعد موت الموصي، لأن الحق إنما يثبت لهم إذاً، أما قبل ذلك فلا عبرة بذلك، لأنه تصرف في الحق قبل ثبوته.

قال: ومن أوصي له وهو في الظاهر وارث، فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية له ثابتة، لأن اعتبار الوصية بالموت.

قال: ومن أوصي له وهو في الظاهر وارث، فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية له ثابتة، لأن اعتبار الوصية بالموت.

ش: إذا أوصى لشخص في الظاهر أنه وارث ـ كما إذا أوصى لأحد أخويه من أبويه ثم تجدد له ولد ـ فإن الوصية والحال هذه صحيحة ثابتة، لأن الأخ عند الموت غير وارث، والاعتبار في الوصية بالموت، لأنه الحال الذي يحصل به الانتقال إلى الوارث، والموصى له، وقد فهم من تعليل الخرقي عكس هذه الصورة وهو ما إذا أوصى لغير وارث، فصار عند الموت وارثاً، كما إذا أوصى لأحد أخويه وله ابن، ثم مات الابن قبل أبيه، فإنا تبينا أن الوصية لوارث، فلا تكون ثابتة، بل تقف على الإجازة لما تقدم.

قال: وإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية.

ش: لأن الوصية عطية بعد الموت، وقد صادفت المعطى ميتاً فلم تصح، كما لو وهب لميت، وقد فهم من هذا أن الوصية لا تصح لميت، وهو صحيح لأنه ليس بأهل

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٥٦، ٢٧٤٢، ومسلم ١١/٧٦.

للملك، أشبه البهيمة.

قال: وإن رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي بطلت الوصية.

ش: لأنه أسقط ماله أخذه فيسقط، كما لو عفى عن شفعته بعد البيع، ومراد الخرقي ـ والله أعلم ـ إذا كان الرد قبل القبول، أما لو كان بعد القبول والقبض فإن الرد لا يصح، والوصية بحالها، لاستقرار ملكه عليها، وكذلك لو كان بعد القبول وقبل القبض، على ظاهر كلام جماعة من الأصحاب وأورده أبو البركات مذهباً، وقال أبو محمد في المغني: إن كان الموصى به مكيلاً، أو موزوناً صح الرد وبطلت الوصية، لعدم استقرار الملك، وإن كان غيرهما ففي صحة الرد وعدمه قولان، بناء على اعتبار القبض في ذلك وعدمه، وقد فهم من كلام الخرقي أنه لو وجد الرد قبل الموت لم يصح ولم يعتبر، وهو صحيح، إذ الحق إنما يثبت له بالموت، والله أعلم.

قال: وإن مات قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه في ذلك مقامه، إذا كان موته بعد موت الموصي.

ش: إذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه في الرد والقبول مقامه، في إحدى الروايتين، نقله عنه صالح، واختاره الخرقي، لعموم قوله: «من ترك حقاً فلورثته» والقبول حق للمورث، فثبت للوارث، كبقية الحقوق، (والرواية الثانية) لا يقوم الوارث مقامه، ويبطل حقه من القبول عليها، نقلها عبد الله، وابن منصور، واختارها ابن حامد، والقاضي، والشريف، وأبو الخطاب، والشيرازي، وغيرهم، لأنه عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالهبة، ولأنه خيار لا يعتاض عنه، أشبه خيار الشفعة، وخياري الشرط والمجلس على المذهب، ولهذا قال القاضي: إن هذا قيس المذهب. وحكى الشريف، وأبو الخطاب وجهاً أنها تنتقل والحال هذه إلى الوارث بلا قبول، نظراً ـ والله أعلم ـ بأن القبول لما تعذر ممن له الإيجاب سقط اعتباره، لمكان العذر، كما لو كانت الوصية للمساكين.

وقول الخرقي: إذا كان موته بعد موت الموصي. احترازاً مما إذا كان موته قبل موت الموصي وقد تقدم، وقد أشعر كلامه بأن الوصية والحال هذه لا تملك إلا بالقبول، ولا خلاف نعلمه عندنا في ذلك، إذا كانت لآدمي معين، إلا الوجه المحكي قبل، وذلك لأنها هبة بعد الموت، فافتقرت إلى القبول كالهبة في الحياة، قال أحمد رحمه الله: الهبة والوصية واحد. ولو كانت الوصية لآدمي غير معين كالمساكين، أو لغير آدمي كالمساجد، فلا قبول إناطة بالعذر.

وربما أشعر كلامه أيضاً بأن القبول لا تشترط الفورية فيه، بل يصح وإن تراخى، وهو صحيح، والله أعلم.

قال: وإذا أوصى له بسهم من ماله أعطي السدس، وعن أبي عبد الله رحمه الله

رواية أخرى: يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة.

ش: الرواية الأولى اختيار القاضي، وأصحابه الشريف، وأبي الخطاب، وابن عقيل، والشيرازي وغيرهم.

٢٢٢٩ ـ لأن ذلك يروى عن علي، وابن مسعود رضي الله عنهما ولم يعرف لهما مخالف من الصحابة.

٢٢٣٠ ـ ويروى عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال، فأعطاه النبي ﷺ السدس.

٢٢٣١ ـ وعن إياس بن معاوية: السهم في كلام العرب السدس فعلى هذا يعطى سدساً كاملاً، إن لم تكمل فروض المسألة، وإن كملت أعيلت به، وإن عالت أعيل معها، قال أحمد في رواية حرب، وابن منصور: له السدس إلا أن تعول الفريضة، فيعطى سهماً من العول.

والرواية الثانية ظاهر كلام الإمام في رواية الأثرم، وأبي طالب، لأن «سهماً» ينصرف إلى سهام فريضته، أشبه ما لو قال: فريضتي كذا وكذا سهماً، لك منها سهم. وعلى هذا يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة، مضافاً إليها، وعن أحمد (رواية ثالثة) اختارها الخلال وصاحبه: له مثل ما لأقل الورثة، والأقل منها هو اليقين، ثم إن أبا البركات وجماعة من أصحابه على إطلاق هاتين الروايتين، نظراً لإطلاق الإمام، وقيدهما أبو محمد ـ متابعة للقاضي ـ بأن لا يزيد السهم أو النصيب على السدس، فإن زاد عليه ردا إليه.

ولنذكر أمثلة تتضح بها المسألة، فلو مات رجل وخلف أماً وبنتين، وأوصى بسهم من ماله، فعلى الرواية الأولى تكمل به المسألة، إذ مسألتهم أصلها من ستة، ترجع بالرد إلى خمسة، فيزاد إليها السهم الموصى به وهو السدس، فتصير من ستة، وكذلك على الثانية والثالثة، ولو كانت المسألة أماً وأختاً، فهي من خمسة، للأم الثلث سهمان، وللأخت النصف ثلاثة، فيضاف إليها السدس على الأولى، فتكمل المسألة، وكذا على الثانية، وعلى الثالثة يضاف إليها مثل نصيب الأم، لأنه أقل نصيب وارث له إذاً فتصير من سبعة، وعلى رأي القاضي يكون له السدس، لأن النصيب زاد عليه، ولو كانت المسألة ابنتان وأبوان، فهي من ستة، وتعول بالسهم الموصى به إلى سبعة، على الروايات الثلاث ولو كانت المسألة أختان لأبوين، وأختان لأم، وأم، فأصلها من ستة، وتعول إلى سبعة، وتعول بالسهم الموصى به إلى ثمانية، على الروايات الثلاث أيضاً، ولو كان المسألة ثلاث أخوات لأبوين، وأخوان وأختان لأم، وأم، فهي من ستة، تعول إلى سبعة أيضاً، فعلى الرواية الأولى تعول بالسهم الموصى به وهو السدس إلى ثمانية، وتصح من ثمانية وأربعين، للأخوات للأبوين أربعة وعشرون، وللإخوة

والأخوات للأم اثنا عشر، وللأم ستة، وللموصى له ستة، وعلى الثانية تصح المسألة من اثنين وأربعين، يزاد إليها السهم، فتصير من ثلاثة وأربعين، وعلى الثالثة تصح أيضاً من اثنين وأربعين، يزاد إليها أقل أنصباء الورثة، وهو سهمان، فتصير من أربعة وأربعين، ولو كانت المسألة زوجاً وابناً، فعلى الرواية الأولى تصح من اثني عشر، للزوج ثلاثة، وللموصى له بالسهم اثنان، والباقي للابن، وكذلك على رأي القاضي على الروايتين الأخيرتين، وعلى رأي المطلقين تصح من خمسة، والله أعلم.

قال: وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه، كان له مثل ما لأقلهم نصيباً.

ش: لأن الأقل هو المتيقن، وما زاد مشكوك فيه.

قال: كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته، وهم ابن، وأربع زوجات، فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهماً، للزوجات الثمن، وهو أربعة، وما بقي فللابن، فزد في سهمان الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه، فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهماً، للموصى له سهم، ولكل امرأة سهم، وما بقي فللابن.

ش: هذا مثال للمسألة، وهو واف بالمقصود، وإنما صحت المسألة من اثنين وثلاثين، لأن أصلهما من ثمانية، للزوجات الثمن، وهو واحد، غير صحيح عليهن، فتضرب أربعة في ثمانية، فتصير من اثنين وثلاثين، ثم تعمل كما ذكره الخرقي، رحمه الله، ولو كانت المسألة زوجاً وأبوين وابناً، صحت من اثني عشر، للزوج الربع، ولكل واحد من الأبوين السدس اثنان، والباقي للابن، فتزيد عليها مثل نصيب أقل الورثة، وهو أحد الأبوين، فتصير من أربعة عشر، هذا إن اختلفت أنصباء الورثة، فإن اتفقت كان له مثل نصيب أحدهم، فإذا خلف ثلاثة بنين، فمسألتهم من ثلاثة، فتزيد عليها مثل نصيب أحدهم، فتصير من أربعة، ولو سمى الوارث فسيأتي إن شاء الله تعالى، ولو قال: مثل نصيب أكثر ورثتي. كان له مثل نصيب ذلك الوارث، مضافاً إلى المسألة، ففي مثال الخرقي يكون له ثمانية وعشرون سهماً، لأنها أكثر نصيب وارث وهو الابن، فتضاف إلى المسألة، فتصير من ستين، وفي الثانية يكون له خمسة، فتصير المسألة من سبعة عشر، ولو كانت الوصية بنصيب وارث معين له كابنه مثلاً، ولم يقل: بمثل نصيبه. فهل يصح ويجعل كما لو صرح بالمثلية؟ وبه قطع القاضي في الجامع الصغير، والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، ومال إليه الشيخان، محافظة على تصحيح كلام المكلف بحمله على حذف مضاف، وهو المثل، أو لا يصح؟ وعزاه أبو محمد إلى القاضي، وأظنه قاله في المجرد، نظراً إلى الحقيقة، وإذاً لا يصح لأن نصيب الوارث ليس له التصرف فيه، والله أعلم.

قال: وإذا خلف ثلاثة بنين، وأوصى لآخر بمثل نصيب أحدهم، كان للموصى له الربع.

ش: لأن له مثل نصيب أحدهم مضافاً إلى المسألة، لأنه جعل الوارث أصلاً، وجعل للموصى له مثله، فاقتضى أن يساويه ولا يزيد عليه، ولو كان البنون أربعة، كان للموصى له الخمس، وعلى هذا، فلو خلف ابنين وأوصى لاثنين بمثل نصيبهما كانت المسألة من أربعة، والله أعلم.

قال: وإذا أوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بربع ماله، ولم تجز الورثة، فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم، لعمرو سهم، ولزيد سهمان.

ش: قد تقدم أن للإنسان أن يوصي بالثلث لغير الوارث، وما زاد على ذلك يقف على إجازة الورثة، فإذا أوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بربعه، وخلف ابنين فأجازا، فأصل المسألة من أربعة، وتصح من ثمانية، لزيد النصف أربعة، ولعمرو الربع اثنان. ولكل ابن واحد، وإن ردا أخذت النصف والربع ثلاثة، من مخرجهما وهو أربعة، وتجعل الثلاثة ثلث المال، فتصير المسألة من تسعة، وإنما قسم الثلث بينهما على قدر نصيبهما لأن الموصى فاضل بينهما فلم يسو بينهما، كالوصية بثلث وربع، وهذا لأن على قاعدتنا أن الوصية صحيحة، فالمتبع فيها لفظ الموصي، ويخرج على قول لنا ـ أن الوصية بما زاد على الثلث باطلة ـ أن الموصى له بالنصف لا يضرب بأكثر من الثلث، لبطلان الزائد على ذلك، وهو قول الحنفية، وإذاً يؤخذ الثلث والربع من مخرجهما اثني عشر، وذلك سبعة، فيجعل ثلث المال، فتكون المسألة من أحد وعشرين، وعلى هذا فقس، والله أعلم.

قال: وإذا أوصى لولد فلان فهو للذكر والأنثى بالسوية.

ش: قد حكي الاتفاق على ذلك، إذ الاسم يشمل الجميع، قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النساء: ١١] وقال تعالى: ﴿مَا ٱتَّخَذَ ٱللَّهُ مِن وَلَدٖ﴾ [المؤمنون: ٩١] نفى الذكر والأنثى جميعاً، ويدخل الخنثى أيضاً في ذلك، لأنه ولد، ولا يدخل ولد بناته اتفاقاً، وهل يدخل فيه ولد بنيه؟ فيه روايتان.

قال: وإن قال لبنيه. كان للذكور دون الإناث.

ش: أي لبني فلان أو لبني، لاختصاص الاسم بهم دون الإناث، قال سبحانه: ﴿أَصۡطَفَى ٱلۡبَنَاتِ عَلَى ٱلۡبَنِينَ ١٥٣﴾ [الصافات: ١٥٣] وقال تعالى: ﴿أَمِ ٱتَّخَذَ مِمَّا يَخۡلُقُ بَنَاتٖ وَأَصۡفَىٰكُم بِٱلۡبَنِينَ ١٦﴾ [الزخرف: ١٦] وقال: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلۡبَنِينَ﴾ [آل عمران: ١٤] وهذا إذا لم يكونوا قبيلة، فإن كانوا قبيلة ـ كما إذا أوصى لولد هاشم، أو بني تميم ـ دخل فيه الذكر والأنثى، والخنثى، لأن ذلك اسم للقبيلة ذكرها وأنثاها، قال تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ﴾ [البقرة: ٤٠] وقال تعالى: ﴿وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] وقال: ﴿يَٰبَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ﴾ ولا يدخل فيه ولد بناتهم من غيرهم، لأنهم لا ينسبون إليهم.

قال: والوصية بالحمل وللحمل جائزة، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية.

ش: أما الوصية بالحمل فجائزة إذا كان مملوكاً وعلم وجوده، أو حكم به حال الوصية، كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، إذ غايته أنه غرر، وذلك لا يمنع صحة الوصية كعتقه، وذلك لأن نهيه عن الغرر مختص بالبيع، وما في معناه، حذاراً من أكل مال الغير بالباطل.

واشترط كونه مملوكاً لأن الوصية بملك الغير باطلة، واشترط العلم أو الحكم بوجوده، وإلا لاحتمل حدوثه، فلا تتعلق الوصية به، نعم لو وصى بما تحمل جاريته ونحوها صحت، لأن لفظه مستقبل.

وأما الوصية للحمل فجائزة أيضاً، قياساً على إرثه، بجامع انتقال المال من الإنسان بعد موته بغير عوض، بل أولى، لصحتها للمخالف في الدين والعبد، بخلاف الإرث، وشرط صحتها أن تضعه لأقل من ستة أشهر من حيث الوصية، ليعلم وجوده حال الوصية، إذ التمليك لا يصح لمعدوم، كذا قال الجمهور، ومنهم أبو محمد في الكافي، وفي المغني قيده بأن تضعه لستة أشهر فما دون، وليس بجيد، لأنها إذا وضعته لستة أشهر احتمل حدوثه حال الوصية، فلم تصادف الوصية موجوداً يقيناً، وقد انعكس ذلك على ابن المنجا رحمه الله تعالى فقال: لا بد من ذكر ستة أشهر، معتمداً على ما في المغني، ومعللاً بأنها إذا وضعته لستة أشهر علم وجوده حال الوصية، وقد تقدم رده. انتهى، أما إن وضعته لأكثر من ذلك لم تصح الوصية له على مقتضى كلام الخرقي، وأورده أبو البركات مذهباً، لأنه لا يعلم وجوده حال الوصية، وسبب الانتقال إلى الورثة قد وجد يقيناً، فلا يزول عنهم بالشك والاحتمال، وقيل: إن وضعته لزوج أو سيد ولم يلحقهما نسبه إلا بتقدير وطء قبل الوصية صحت، لأنه والحال هذه قد حكم بوجوده ظاهراً حال الوصية، إذ حال المسلم إنما يحمل على الصلاح، وإلا فلا لما تقدم، وهذا الذي قطع به أبو محمد في الكافي والمغني، لكنه لم يفصح بتنقيح الحكم.

واعلم أن من شرط الوصية بالحمل وللحمل أن تضعه حياً، إذ الميت لا يصح تملكه ولا تمليكه، والله أعلم.

قال: وإذا أوصى بجارية لبشر، ثم أوصى بها لبكر، فهي بينهما.

ش: لأن الأصل بقاء وصية الأول، فالظاهر أنه يسوي بينهما في الاستحقاق، فإذاً تقسم العين بينهما مع وجودهما، لاستوائهما في سبب الحق، ويختص بها أحدهما مع موت الآخر، لزوال المزاحمة، والله أعلم.

قال: وإن قال: ما أوصيت به لبشر فهو لبكر. كانت لبكر.

ش: لأن هذا دليل على الرجوع في وصية الأول، والوصية بها للثاني، فعمل على مقتضاه، بخلاف التي قبلها، فإنه يحتمل الرجوع والاشتراك في الاستحقاق، والأصل عدم الرجوع.

وقد تضمن هذا صحة الرجوع في الوصية، وهو إجماع إلا في الرجوع بالوصية بالعتق، فإن في الرجوع فيه خلافاً ومذهبنا جوازه، والله أعلم.

قال: ومن كتب وصيته يشهد فيها حكم بها، ما لم يعلم رجوعه عنها.

ش: إذا كتب وصيته ولم يشهد فيها، وعرف خطه، فإنه ينفذ ما فيها، ما لم يعلم رجوعه عنها، نص عليه أحمد، واعتمده الأصحاب، لما تقدم من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرىء مسلم يبيت ليلتين، وله شيء يريد أن يوصي فيه، إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه» وظاهره إفادة الكتابة وإن لم يشهد بما فيها، ولأن ذلك طريق يغلب على الظن صحة الوصية، أشبه الشهادة بها، وخرج ابن عقيل، و أبو البركات رواية بعدم الصحة، أخذاً من قوله فيمن كتب وصيته وختمها وقال: اشهدوا بما فيها. أنه لا يصح، وقد يفرق بأن الشهادة شرطها أن تقع على العلم، وما في الوصية والحال هذه غير معلوم، فلا تصح الوصية به، أما لو وقعت الوصية على أنه وصى فليس في نص الإمام ما يمنعه، ثم بعد ذلك يعمل بالخط بشرطه، ولهذا قال ابن حمدان: ومن وجدت وصيته بخطه صحت، نص عليه، وقيل: لا. فلو ختمها وأشهد بما فيها لم يصح، نص عليه، وقيل: بلى. انتهى، أما إن عين للشاهد ما فيها فلا إشكال في صحة ذلك، والعمل عليه، ما لم يعلم الرجوع عنها. والله أعلم.

قال: وما أعطى في مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث.

ش: ما أعطى في مرضه الذي مات فيه ـ من عتق، وهبة مقبوضة، ومحاباة، وصدقة، ووقف، وإبراء ـ فهو من الثلث، لما تقدم في حديث أبي الدرداء «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم» الحديث، مفهومه المنع مما زاد على الثلث.

٢٢٣٢ ـ وفي مسلم وغيره عن عمران بن حصين، أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة»[1] وشرط المرض أن يكون مخوفاً، قاطعاً بصاحبه، كذات الجنب، والرعاف الدائم، والقيام المتدارك ونحوها، فإن كان غير مخوف كالرمد، ووجع ضرس، والصداع، ونحوه، فحكمه حكم الصحيح، عطيته من رأس المال، وإن اتصل به الموت، وكذلك إن كان مخوفاً، لكنه لم يقطع بصاحبه، كالجذام، والسل في

---

(١) أخرجه مسلم ١١/ ١٣٩، وأبو داود حديث ٣٩٥٨، والنسائي ٤/ ٦٤، وابن ماجه حديث ٢٣٤٥، وأحمد ٤/ ٤٢٦.

ابتدائه، ونحوهما على الصحيح من الروايتين وقد تضمن كلام الخرقي أن عطية الصحيح من رأس ماله، ولا نزاع في ذلك، والله أعلم.

قال: وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر.

ش: يعني تكون عطيتها من الثلث لدخولها في شهور ولادتها، ووجود الخوف عليها، والمشهور من الروايتين أنها لا تصير عطيتها من الثلث إلا إذا ضربها المخاض، لأنها إذاً يتحقق الخوف عليها، بخلاف ما قبل ذلك، والله أعلم.

قال: ومن جاوز العشر سنين فوصيته جائزة إذا وافق الحق.

ش: تصح وصية من لم يبلغ على المذهب المنصوص.

٢٢٣٣ ـ لما روي أن صبياً من غسان، له عشر سنين، أوصى لأخوال له، فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه، فأجاز وصيته. رواه سعيد.

٢٢٣٤ ـ وروى مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر، عن أبيه، أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: إن ها هنا غلاماً يفاعاً، لم يحتلم، وورثته بالشام، وهو ذو مال، وليس له ها هنا إلا ابنة عم له، فقال عمر: فليوص لها. فأوصى لها بمال يقال له: «بئر جشم»، قال عمرو بن سليم فبعث ذلك بثلاثين ألفاً، وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم، قال أبو بكر: وكان الغلام ابن عشر، أو اثنتي عشرة سنة، وهذه قضية في مظنة الشهرة، ولأنه تصرف تمحض نفعاً للصبي، من غير ضرر يلحقه عاجلاً ولا آجلاً، أشبه صلاته وإسلامه، وبهذا فارق الهبة لأن الضرر قد يلحق بها في الآجل.

وفي المذهب وجه آخر: لا تصح وصيته حتى يبلغ، لأنه تبرع بالمال، أشبه هبته، وعلى المذهب، فلا بد أن يكون مميزاً، إذ غير المميز في معنى المجنون، فلا عبرة بكلامه، ثم من الأصحاب من لم يقيد ذلك بسن، كالقاضي وأبي الخطاب، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية الميموني، ومنهم من قيده بعشر، كالخرقي، وابن أبي موسى، وأبي بكر فيما حكاه عنه الشريف، نظراً لمنصوص أحمد في رواية حنبل وصالح، فإنه قيد الغلام بعشر، والجارية بتسع، اعتماداً على قول عمر رضي الله عنه، قال الشريف، ومن الأصحاب من قيده بسبع وهو رواية أخرى عن أحمد، وحكى ابن المنذر عن الإمام التقييد باثنتي عشرة سنة.

وقول الخرقي: إذا وافق الحق. قيد في جميع الوصايا، وإن كانت من بالغ، وإنما نص على ذلك هنا اتباعاً لمنصوصات الإمام، وذلك لأنه في مظنة مخالفة الحق، بخلاف البالغ، والله أعلم.

قال: ومن أوصى لأهل قرية، لم يعط من فيها من الكفار إلا أن يذكرهم.

ش: يعني والله أعلم من المسلمين، نظراً إلى أن حال المسلم يقتضي بر

المسلم، ومنع الكافر، والعام كثيراً ما يطلق ويراد به الخصوص، وقد قام دليل ذلك وهو قرينة الحال، فعلى هذا لا يعطى من فيها من الكفار، وظاهر كلام الخرقي وجماعة أنهم لا يعطون وإن لم يكن فيها إلا مسلم واحد، لجواز إطلاق العام، وإرادة الواحد، قال الله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ قَالَ لَهُمُ ٱلنَّاسُ﴾ [آل عمران: ١٧٣] أريد به واحد، ومال أبو محمد رحمه الله إلى أنهم يعطون، نظراً إلى أن إطلاق العام وإرادة واحد قليل، مع ما انضم إلى ذلك من مخالفة العموم.

ولا نزاع في دخول الكفار، إذا صرح بذلك، إذ لا اعتبار لمقتضى الحال مع التصريح بخلافه، وكذلك لو تعذر الحمل على الخصوص، كما إذا لم يكن في القرية مسلم أصلاً وحكم الكافر إذا أوصى لأهل قريته كذلك، في أنه يدخل كافرها الموافقه له في دينه، وفي دخول كافرها المخالف له في دينه احتمالان، ولا يدخل مسلمها لما تقدم، وقيل: يدخل، حذاراً من كون الإسلام سبباً للمنع من غير نص يمنع، والله أعلم.

قال: ومن أوصى بكل ماله ـ ولا عصبة له ولا مولى ـ فجائز، وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى: لا يجوز إلا الثلث.

ش: الرواية الأولى نص عليها في رواية المروذي وحرب، واختارها القاضي، والشريف، وأبو الخطاب، والشيرازي، وأبو محمد، وغيرهم، لظاهر قوله ﷺ: «إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» علل المنع بخشية فقر الوارث، وهذا لا وارث له يخشى فقره.

٢٢٣٥ ـ واعتمد أحمد على أن ذلك يروى عن ابن مسعود.

(والثانية): نص عليها في رواية ابن منصور.

٢٢٣٦ ـ معتمداً على أن ذلك قول زيد، ومعللاً بأن بيت المال له عصبة، وهو مفهوم قوله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم» الحديث، قال أبو الخطاب في الانتصار: وهي صريحة في منع الرد، وتوريث ذوي الأرحام.

وقول الخرقي: ولا عصبة له ولا مولى. تبع فيه لفظ أحمد في رواية المروذي: فإنه قال: إذا لم يكن له عصبة أو مولى فله أن يضع ماله حيث شاء. وغيرهما يترجم المسألة: إذا أوصى من لا وارث له. لأن ذا الفرض يأخذ البعض بالفرض، والباقي بالرد، فهو كالعاصب، ولهذا منع النبي ﷺ سعداً أن يوصي بأكثر من الثلث، نعم إن كان ذو الفرض لا يرد عليه، ـ كالزوجين ـ جازت الوصية فيما زاد عن نصيبه على المذهب، والله أعلم.

قال: ومن أوصى لعبده بثلث ماله، فإن كان العبد يخرج من الثالث عتق، وما فضل من الثلث بع عتقه فهو له، وإن لم يخرج من الثلث عنق منه بقدر الثلث، إلا أن يجيز الورثة.

ش: إذا أوصى لعبده بثلث ماله صح، لأنها وصية تضمنت العتق بثلث ماله، فصحت كما لو صرح بذلك، ثم إن كان العبد يخرج من الثلث ـ كما إذا كان ثلثه مائة، وقيمة العبد مائة أو دونها ـ عتق، لأنه يملك من كل جزء من المال ثلثاً مشاعاً، ومن جملة المال نفسه، فيملك ثلثها، وإذاً يعتق ذلك الجزء، لتعذر ملك نفسه، ويسري إلى بقيته، كما لو أعتق بعض عبده بل أولى، فإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء فهو له، لأنه قد صار حراً وإن لم يخرج من الثلث، عتق منه بقدر الثلث، والباقي موقوف على إجازة الورثة، لما تقدم.

قيل: ومفهوم كلام الخرقي أنه لو أوصى له بمعين كمائة درهم، أو ثوب أنه لا يصح، وهو المشهور من الروايتين، ثم قال أبو محمد في الكافي: على رواية الصحة يشترى العبد من الوصية فيعتق، وما بقي فهو له، قلت: محافظة على تصحيح كلام المكلف ما أمكن، إذ تصحيح الوصية يسلتزم ذلك، وإلا فكأنه وصى للورثة ببعض مالهم، ولا فائدة في ذلك، وبنى الشيرازي الروايتين على تمليك العبد إذا ملك، ثم قال: وعلى رواية الصحة تدفع المائة إليه، فإن باعه الورثة بعد ذلك فالمائة لهم، وتعليل أبي محمد في المغني يقرب من ذلك، والله أعلم.

قال: وإذا قال: أحد عبدي حر. أقرع بينهما، فمن تقع عليه القرعة فهو حر إذا خرج من الثلث.

ش: القرعة لها مدخل في العتق، لما تقدم من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه، فإذا قال: أحد عبدي أو عبيدي حر. ولم يعينه، أقرعنا بينهم، إذ تعيين أحدهم ترجيح بلا مرجح، ثم من خرجت عليه القرعة فهو حر، إذ هذا فائدة القرعة، وشرط نفوذ عتقه أن يخرج من الثلث، لما تقدم من أن الإنسان ليس له أن يوصي بأكثر من ثلثه، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث، والباقي موقوف على إجازة الورثة والله أعلم.

قال: وإذا أوصى أن يشتري عبد زيد بخمس مائة فيعتق، فلم يبعه سيده، فالخمسمائة للورثة.

ش: لأنه قد تعذر إعمال الوصية فبطلت، كما لو مات الموصى له قبل موت الموصي، أو رد الوصية، وإذا بطلت كان المال للورثة، وقول الخرقي: فلم يبعه سيده. يشمل إذا لم يبعه مطلقاً، أو لم يبعه بالخمسمائة، وفي معنى ذلك حيث تعذر شراؤه، إما بموته أو غير ذلك، والله أعلم.

قال: وإن اشتروه بأقل، فما فضل فهو للورثة.

ش: لأن مقصود الموصي العتق وقد حصل، وكما لو وكل في شرائه في حياته بثمن معين، فاشترى بدونه، فإن الفاضل له، كذلك هنا، وحكى في المغني احتمالاً

بأن الخمسمائة تكون لزيد، وفرق في المغني فقال: إن كان ثم قرينة تقتضي إرفاق سيده بالثمن ـ كما إذا كان صديقاً له، أو ذا حاجة، أو كان يعلم أن العبد يحصل بدون ذلك ـ فإن الثمن جميعه يدفع إلى السيد، كما لو صرح بذلك، وإن عدمت القرائن كان كما تقدم، والله أعلم.

قال: وإذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره، وقيمته مائة ولآخر بثلث ماله، وملكه غير العبد مائتا درهم، فأجاز الورثة ذلك، فلمن أوصى له بالثلث ثلث المائتين، وربع العبد، ولمن أوصى له بالعبد ثلاثة أرباعه.

ش: إنما كان للموصى له بالثلث ثلث المائتين، لأن المائتين من ماله، وقد أوصى له بثلثه، فلا معارض له، فيستحق ثلثها، وإنما كان له ربع العبد، وللموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه، لأن مقتضى وصية صاحب الثلث أن يكون له ثلث العبد، ومقتضى وصية صاحب العبد أن يكون له جميعه، فقد تضمنت الوصية قسمة العبد على أربعة أثلاث، وهو أربعة أرباع، وليس طرح وصية أحدهما بأولى من الأخرى، فيجعل الثلث ربعاً كمسائل العول.

قال: وإن لم يجز ذلك الورثة فلمن أوصى له بالثلث سدس المائتين، وسدس العبد، لأن وصيته في الجميع، ولمن أوصى له بالعبد نصفه، لأن وصيته في العبد.

ش: إذا لم يجز الورثة ما تقدم، فقال الخرقي وجمهور الأصحاب: للموصى له بالثلث سدس المائتين، وسدس العبد، وللموصى له بالعبد نصفه، لأن الوصية ترجع في الرد إلى الثلث، وثلث المال ـ والحال هذه ـ مائة، والوصية مائتان، ثلث المال قدره مائة، والعبد قيمته مائة، نسبة الثلث الذي هو مائة، إلى الوصية التي هي مائتان بالنصف، فمن أوصى له بشيء رجع إلى نصفه، نظراً إلى مقتضى المسمى في الوصية، فللموصى له بالثلث سدس المائتين، لأنه نصف ثلثها، وسدس العبد، لأنه نصف ثلثه، واستحقاقه الربع في الإِجازة كان للمزاحمة العارضة، وقد زالت، وللموصي له بالعبد نصفه، لأن الوصية له بكله.

واختار أبو محمد رحمه الله أن لصاحب الثلث خمس المائتين، وعشر العبد، ونصف عشره، ولصاحب العبد ربعه وخمسه، وخرجه أبو البركات وجهاً، لأن الموصى له بالعبد في الحقيقة إنما أوصى له بثلاثة أرباعه، لأنه أوصى لآخر بثلثه، والموصى له بثلثه، إنما أوصى له حقيقة بربعه، لأنه أوصى لآخر بكله، وإذاً يقسم الثلث بينهما على ذلك، نظراً إلى مقتضى الوصية لو أمكن إعمالها بالإِجازة، وعلى هذا يقسم الثلث بينهما على حسب مالهما في الإِجازة، والذي لهما العبد وثلثا المائتين، مجموع ذلك مائة وستة وستون درهماً، وثلثا درهم، نسبة الثلث إلى ذلك ثلاثة أخماسه، فمن له شيء في الإِجازة، له ثلاثة أخماسه في الرد، فالموصى له بالثلث له ثلث المائتين، وهو ستة وستون درهماً، وثلثا درهم، فيعطى ثلاثة أخماس

ذلك، وهو أربعون درهماً، وقدر ذلك خمس المائتين، وله من العبد ربعه، وقيمة ذلك خمسة وعشرون درهماً، فله ثلاثة أخماسه، وهو خمسة عشر درهماً، قدر ذلك من العبد عشره، ونصف عشره، وللموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه، وقيمة ذلك خمسة وسبعون درهماً، ثلاثة أخماس ذلك خمسة وأربعون درهماً، قدر ذلك من العبد ربعه وخمسه.

وطريقة العمل في ذلك على قول الأصحاب أن يجعل لكل واحد من أصل وصيته بقدر نسبة الثلث إلى مجموع الوصيتين، وعلى قول أبي محمد يجعل لكل واحد من الذي حصل له في حال الإجازة بقدر نسبة الثلث إلى مجموع ما حصل لهما فيها، وعلى هذا لو كانت الوصية بالنصف مكان الثلث، ففي حال الإجازة لصاحب النصف نصف المائتين، وثلث العبد، ولصاحب العبد ثلثاه، وفي حال الرد على قول الأصحاب مجموع الوصيتين مائتان وخمسون درهماً، نسبة الثلث إلى ذلك خمسه فلكل واحد من أصل وصيته خمساها، فللموصى له بالنصف خمسا المائة، وهو أربعون درهماً وخمس العبد، وقدره عشرون درهماً، وللموصى له بالعبد خمساه، وهو أربعون درهماً، وعلى قول أبي محمد إذا نسبت الثلث إلى مجموع ما يحصل لهما في الإجازة وهو مائتا درهم، كان النصف، فيكون لكل واحد نصف الذي يحصل له في الإجازة، فصاحب النصف يحصل له من المال المائة، فله نصفها، ويحصل له من العبد ثلثه، فله نصفه وهو السدس، وصاحب العبد يحصل له في الإجازة ثلثاه، فله نصف ذلك وهو الثلث، وعلى هذا فقس، والله أعلم.

قال: ومن أوصى لقرابته فهو للذكر والأنثى بالسوية، ولا يجاوز به أربعة آباء، لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربى.

ش: إذا أوصى لقرابته فهو للذكر والأنثى، لأن كليهما من قرابته، ويكون بينهما بالسوية، لأنه شرك بينهما فيه، أشبه ما لو أقر لهما، ويعطى الغني كالفقير، لدخوله في لفظ القرابة، ثم قيل ـ وهو احتمال لأبي محمد، وكلام ابن الزاغوني في الوجيز يقتضي أنه رواية ـ يشمل كل قريب له من جهة أبيه وأمه، نظراً لمقتضى اللفظ، إذ قرابته اسم جنس مضاف، فيشمل كل قريب له، والمنصوص عن أحمد رحمه الله: إنما يتناول أقاربه من جهة أمه بشرط أن يصلهم في حال حياته، إذ صلته لهم في حياته قرينة بره لهم بعد مماته، والمشهور عنه اختصاص هذا اللفظ بقرابته من جهة أبيه، لأن العرف في القراءة إذا أطلق إنما يتصرف لذلك، ولهذا ـ والله أعلم ـ لم يعط النبي ﷺ أقاربه من جهة أمه من سهم ذوي القربى.

ثم على هذا (هل يشمل) ولده وولد أبيه وإن علا، اعتماداً على العموم.

٢٢٣٧ ـ ولما روى مسلم وغيره عن أنس قال: لما نزلت هذه الآية ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ﴾ [آل عمران: ٩٢] الآية قال أبو طلحة: يا رسول الله أرى ربنا يسألنا من أموالنا،

فأشهدك أني قد جعلت بيرحاء لله. قال: «فاجعلها في قرابتك» فجعلها في حسان بن ثابت، وأبي بن كعب وبين حسان وأبي طلحة ثلاثة آباء، وبين أبي طلحة وأبي بن كعب ستة آباء[١]، والظاهر أن جعله كان بحضرته أو بعلمه، وأيضاً فقد دل على أن عرفهم ذلك.

(ولا يتجاوز) بها أربعة آباء، فإذا أوصى لقراءة زيد مثلاً، أو وقف عليه تناول ولده، فزيد أب، وتناول أباه، وجده، وجد أبيه، وأولادهم، ولا يزاد على ذلك، وهو اختيار الخرقي، والقاضي، وعامة أصحابه، لما استدل به الخرقي، من أن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربى، لأن الله سبحانه لما قال: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾ [الحشر: ٧] يعني قرابته، فقسمه النبي ﷺ بين قرابته، ولم يجاوز بني هاشم.

٢٢٣٨ ـ ففي البخاري وغيره عن جبير بن مطعم رضي الله عنه، قال: مشيت أنا وعثمان إلى النبي ﷺ، فقلنا: أعطيت بني المطلب من خمس خيبر وتركتنا، قال: «إنما بنو المطلب وبنو هاشم شيء واحد» قال جبير: ولم يقسم النبي ﷺ لبني عبد شمس، ولا لبني نوفل شيئاً، وفي رواية في السنن: لما قسم النبي ﷺ سهم ذوي القربى من خيبر، وذكر القصة[٢]، وهذا خرج مخرج البيان للمسمى في الآية الكريمة، وإذاً يحمل المطلق من كلام الناس، على المطلق من كلام الشارع، ويختص بما اختص به و «هاشم» هو الأب الرابع، والأب الثالث عبد المطلب، والأب الثاني عبد الله، والنبي ﷺ هو الأب الأول.

(أو لا يتجاوز) بها ثلاثة آباء. نظراً إلى أن الولد لا يدخل في ذلك، ولهذا لم ينقل أن النبي ﷺ أعطى لولده شيئاً؟ فيه ثلاث روايات، وشذ ابن الزاغوني في وجيزه، فجعل الأب الرابع عبد مناف، فعلى هذا لا يدفع للولد، وهو مخالف للفظ الخرقي وغيره.

(تنبيهان) «أحدهما» قد تقدم أن الولد والوالد يدخلان في لفظ القرابة، وصرح بذلك القاضي، والشيرازي، وابن عبدوس، وأبو الخطاب في خلافه، وهو ظاهر كلام الخرقي وغيره، وعبارة الشيخين توهم خلاف ذلك، قال في المغني: الوصية لأولاده، وأولاد أبيه، وأولاد جده، وأولاد جد أبيه، وقال في المحرر: اختص بولده وقرابة أبيه وإن علا.

«الثاني» قال أبو محمد في المغني والكافي: إذا أوصى لأقرب قرابته، وله أب

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٧٦٩، ومسلم ٧/ ٨٤.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٣١٤٠، وأبو داود حديث ٢٩٧٨، والنسائي ٧/ ١٣٠، وابن ماجه حديث ٢٨٨١، وأحمد ٤/ ٨١، ٨٥.

وأم إنهما سواء، وفيه نظر، إذ الأم لا تدخل في لفظ القرابة على المذهب، فكيف تكون من أقربهم، وقد نبه على هذا أبو البركات حيث قال: والأخ من الأب والأخ من الأم إن أدخلناه في القرابة سواء، والله أعلم.

قال: وإن قال: لأهل بيتي. أعطي من قبل أبيه وأمه.

ش: المنصوص عن أحمد رحمه الله أن لفظة «أهل بيته» بمنزلة لفظة «قرابته» قال في رواية عبد الله: إذا أوصى بثلث ماله لأهل بيته، وهو بمثابة قوله: لقرابتي.

٢٢٣٩ ـ واستدل على ذلك فيما حكاه عنه ابن المنذر بأن قال: قال النبي ﷺ: «لا تحل الصدقة لي، ولا لأهل بيتي»[1] فجعل سهم ذوي القربى لهم، عوضاً عن الصدقة التي حرمت عليهم، فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى، أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة،

٢٢٤٠ ـ وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال: «أذكركم الله في أهل بيتي» قال: قلنا: من أهل بيته نساؤه؟ قال: لا، أهله وعشيرته، الذين حرمت عليهم الصدقة بعده، آل علي، وآل جعفر، وآل عقيل، وآل العباس. وفرق الخرقي رحمه الله بين لفظ: القرابة، وأهل البيت، فجعل الأول مختصاً بأقاربه من جهة أبيه على ما تقدم، وجعل الثاني يشمل القريب من جهة الأب والأم، نظراً إلى أن اللفظ يشملهم، عرفاً، يقال: بيت فلان كذا. يريدون أقاربه من جهة أبيه وأمه، وأناط الشيرازي الحكم هنا بمن كان يصله في حياته، فقال: يعطى من كان يصله في حياته من قبل أبيه وأمه. والله أعلم.

قال: وإذا أوصى أن يحج عنه بخمس مائة فما فضل رد في الحج.

ش: إذا أوصى أن يحج عنه بخمس مائة مثلاً حج عنه، لأن الحج جهة قربة، فإن فضل من الخمس مائة شيء، رد في الحج إلى أن ينفد، على المذهب المعروف، إعمالاً لمقتضى اللفظ، وحكى الشيرازي رواية أن الباقي للورثة.

وظاهر كلام الخرقي أنه لا يدفع إلى من يحج إلى قدر ما يحج به، لقوله: فما فضل. وصرح به غيره، لأنه تصرف بمقتضى النظر، فلا يزاد فيه على ذلك، ولو كانت الخمس مائة لا تكفي للحج، فهل يعان بها فيه، أو يحج بها من حيث تبلغ، أو يخير؟ ثلاثة أقوال، وشرط نفوذ هذه الوصية أن تخرج الخمسمائة من الثلث، فإن لم تخرج نفذ منها قدر الثلث، ووقف الباقي على إجازة الورثة، هذا إن كان الحج تطوعاً، وإن كان واجباً فالذي يحتسب من الثلث ما زاد على نفقة المثل للفرض، والله أعلم.

قال: وإن قال: حجة بخمسمائة. فما فضل فهو لمن يحج.

(١) أخرجه أحمد في المسند ١/ ٢٠٠، ٢/ ٤٠٩، ٤/ ١٨٦.

ش: اعتماداً على مقتضى لفظه، إذ مقتضاه دفع جميع الخمسمائة إلى من يحج حجة واحدة، كأنه قصد إرفاق من يحج، والله أعلم.

قال: وإن قال: حجوا عني حجة. فما فضل رد إلى الورثة.

ش: لأن الذي أوصى به حجة فقط، فما فضل عنها فهو للورثة، وقوله: فما فضل: يجوز أن يريد ما فضل من الثلث، ويجوز أن يريد ما فضل من المدفوع إليه، أي عن النفقة التي أنفقها، بناء على المشهور، من أنه لا يجوز الاستئجار على الحج، والله أعلم.

قال: ومن أوصى بثلث ماله لرجل، فقتل عمداً أو خطأ، وأخذت الدية، فلمن أوصى له بالثلث ثلث الدية، في إحدى الروايتين، والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء.

ش: الرواية الأولى اختيار القاضي وغيره، بناء على أن الدية تحدث على ملكه، تنزيلاً لسبب الوجوب، منزلة مسببه وهو الوجوب، ولا شك أن السبب وجد في حياته وصار، هذا كما لو نصب شبكة، فوقع فيها صيد بعد موته، فإنه يكون له، يحقق ذلك أن تجهيزه يخرج منها بلا نزاع، وعلى هذا يكون لمن أوصى له بالثلث ثلثها، كما لو ورث مالاً قبل موته، (والثانية) ليس لمن أوصى له بالثلث شيء منها، بل تكون للورثة، يقتسمونها على قدر مواريثهم، بناء على أن الدية تحدث على ملكهم.

(تنبيه) بنى أبو البركات الدين على الروايتين، إن قلنا له، قضيت منها ديونه، وإن قلنا للورثة فلا، وظاهر كلام أبي محمد في المغني يقتضي أن ديونه تقضى منها على الروايتين كتجهيزه، نظراً إلى أن الوجوب إنما وجد بالموت، والميت ليس أهلاً للملك، ولذلك زالت أملاكه بموته، والله أعلم.

قال: وإذا أوصى لرجل، ثم أوصى بعده إلى آخر، فهما وصيان، إلا أن يقول: قد أخرجت الأول.

ش: أما إذا أخرج الأول من الإيصاء إليه فقد انعزل، وصار الثاني هو الوصي وحده، وأما إذا لم يخرجه فهما وصيان، لما تقدم فيما إذا أوصى لبكر بجارية، ثم أوصى بها لبشر، وقد تضمن كلام الخرقي رحمه الله أن للموصي عزل الموصى إليه، وهو واضح، لأنه نائب عنه، أشبه وكيله.

قال: وإذا كان الوصي خائناً جعل معه أمين.

ش: هذا إحدى الروايات عن أحمد رحمه الله تعالى، جمعاً بين نظر الموصي وحفظ المال، (والثانية) لا تصح الوصية إلى فاسق أصلاً، وهي اختيارالقاضي، وعامة أصحابه، الشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، وابن عقيل في التذكرة، وابن البنا، لأنه ليس بأهل للشهادة، أشبه المجنون، (والرواية الثالثة) تصح الوصية إليه

مطلقاً، ولا يفتقر إلى أمين، حكاها أبو الخطاب في خلافه. لأنه أهل للائتمان في الجملة، بدليل جواز إيداعه، فلو طرأ فسقه بعد موت الموصي، فعند أبي محمد أنه على الروايتين في الوصية إليه ابتداء، ثم مختار القاضي أيضاً وغيره البطلان، وعند أبي البركات أنه يبدل بأمين بلا نزاع، نظراً إلى أن الموصي في الابتداء قد رضيه واختاره، والظاهر أنه إنما فعل ذلك لمعنى رآه فيه، إما لزيادة حفظه، أو إحكام تصرفه، ونحو ذلك، مما يربو على ما فيه من الخيانة، بخلاف ما لو طرأ فسقه، فإن حال الموصي يقتضي أنه إنما رضي بعدل ولا عدل، وعكس ذلك القاضي في روايتيه، فإنه حمل رواية ضم الأمين إليه على ما إذا طرأ الفسق. وقال: ولا يختلف المذهب أنه لا يصح إليه ابتداء، فكأنه نظر إلى الدوام يغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء.

ولنشر إلى شروط الموصى إليه فنقول: من شرطه أن يكون «عاقلاً» بلا نزاع، «مسلماً» إن كان الموصي مسلماً، وكذلك إن كان كافراً في وجه، وفي آخر: يصح إلى كافر إن كان الموصي كافراً، لكن يشترط عدالة الموصى إليه في دينه عند أبي محمد، وظاهر كلام أبي البركات أنه على الروايتين، «بالغاً» في رواية، وفي أخرى ـ وقال القاضي: إنها قياس المذهب: ـ لا، وعليها قال أبو البركات: إذا كان مراهقاً. وقال أبو محمد: إذا جاوز العشر. «مستور الحال» على المذهب وقد تقدم، ولا تعتبر الذكورية، ولا الحرية، ولا البصر، ولا المعرفة بالتصرف، نعم إذا كان عاجزاً ضم الحاكم إليه أميناً، ويعتبر وجود الشروط عند العقد والموت في وجه، وفي آخر عند الموت فقط، والله أعلم.

قال: وإن كانا وصيين فمات أحدهما، أقيم مقام الميت أمين.

ش: إذا أوصى لرجلين، فليس لأحدهما الانفرد بالتصرف، لحصول التشريك بينهما، إلا أن يجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً، فعلى هذا لو مات أحدهما أو جن أقام الحاكم مقامه أميناً، لأن الميت لم يرض بتصرف الآخر وحده، وكذلك إن ماتا في وجه، لأنه لم يرضى بتصرف واحد، وفي آخر يجوز أن يقيم واحداً، لأن الأمر رجع إليه، أشبه ما لو لم يوص، ولو كان قد جعل لكل واحد التصرف منفرداً، فمات أحدهما لم يبدل، لاستقلال الآخر بالتصرف، والله أعلم.

قال: ومن أعتق في مرضه أو بعد موته عبدين لا يملك غيرهما، وقيمة أحدهما مائتان، والآخر ثلثمائة، فلم تجز الورثة، أقرع بينهما، فإن وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه، وهو ثلث الجميع، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه.

ش: قوله: ومن أعتق في مرضه. أي منجزاً، أو بعد موته. أي مدبراً. وقوله: أقرع بينهما، «إشارة» إلى أن العتق في المرض يعتبر من الثلث، وكذلك التدبير على المذهب بلا ريب، كبقية الوصاية، وشذ حنبل فنقل عنه نفوذه من رأس المال إن وجد

في الصحة، نظراً إلى الحال الراهنة، «وإشارة» بأن العتق والحال هذه يكمن في واحد «وتصريح» بدخول القرعة، والأصل في ذلك كله حديث عمران بن حصين المتقدم، وإذا أقرعنا فإن وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان، عتق منه خمسة أسداسه، وهو ثلث الجميع، إذ ثلث الجميع مائة وستة وستون وثلثا درهم، وذلك قدر خمسة أسداسه، وإن وقعت على الآخر الذي قيمته ثلاثمائة، عتق منه خمسة أتساعه، وهي الثلث، مائة وستة وتسون درهماً وثلثا درهم، إذ كل تسع منه ثلاثة وثلاثون درهماً، وثلث درهم.

قال: لأن جميع ملك الميت خمسمائة، وهي قيمة العبدين، فتضرب في ثلاثة، فأخذ ثلثه خمسمائة، فلما أن وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان، ضربناه أيضاً في ثلاثة، فصيرناه ستمائة، فصار العتق فيه خمسة أسداسه، وكذلك يفعل بالآخر إذا وقعت عليه القرعة.

ش: هذا بيان لعمل المسألة، ولأن العتق في الأول خمسة أسداسه، وفي الثاني خمسة أتساعه، وذلك لأن صورة المسألة أن جميع ملك الميت خمسمائة، فتضرب في ثلاثة، ترتفع إلى ألف وخمسمائة، لأنها لو لم تضرب ربما وقع فيها كسر فتشق النسبة إليه أو تتعذر، فإذا بلغت ألفاً وخمسمائة، أخذ ثلثها وهو خمسمائة، ثم إن وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان، ضربناه في ثلاثة، كما ضربنا المجموع، فترتفع إلى ستمائة، ثم تنسب الثلث إليه وهو الخمس مائة، تجد العتق فيه خمس أسداسه، إذ كل سدس مائة درهم، وإن وقعت القرعة على الذي قيمته ثلاثمائة، فعلنا به أيضاً كذلك، ضربناه في ثلاثة فارتفع إلى تسعمائة، ثم نسبنا منه الثلث، وهو الخمس مائة، تجدها خمسة أتساعه.

قال: وكل شيء يأتي من هذا الباب فسبيله أن يضرب في ثلاثة، ليخرج بلا كسر.

ش: فلو كانت قيمة أحد العبدين ثلاثمائة، والآخر أربعمائة، جمعتها، وذلك سبعمائة، فجعلتها ثلث المال، ثم إن وقعت القرعة على الذي قيمته ثلاثمائة، ضربت في ثلاثة، ترتفع إلى تسعمائة، ثم تنسب إليه السبعمائة يكن العتق منه سبعة أتساعه، وإن وقعت على الذي قيمته أربع مائة، ضربته في ثلاثة، ترتفع إلى ألف ومائتين، وإذا نسبت إليه السبع مائة، كان العتق فيه ثلثه وربعه، وعلى هذا فقس، والله أعلم.

قال: وإذا أوصى بعبد من عبيده لرجل، ولم يسم العبد، كان له أحدهم بالقرعة، إذا كان يخرج من الثلث، وإلا ملك منه بقدر الثلث.

ش: هذا إحدى الروايتين، واختيار ابن أبي موسى، لأن الجميع سواء بالنسبة إلى الاستحقاق، فكان له أحدهم بالقرعة، كما لو كان ذلك عتقاً، (والثانية) ـ واختارها

أبو الخطاب، والشريف في خلافيهما، والشيرازي ـ يعطيه الورثة ما أحبوا، لأن لفظه تناول عبداً، والأقل هو اليقين، فيكون هو الواجب، وما زاد فهو مشكوك فيه، وإذاً ما تدفعه الورثة هو الواجب أو أزيد، فيلزم قبوله، وقد تضمن كلام الخرقي صحة الوصية بالمجهول، وهو واضح، لما تقدم من أن الغرر لا ينافيها.

وقوله: من عبيده. يخرج ما إذا قال: بعبد. وأطلق، فإنه يصح ويعطى أي عبد كان، لكن يشترط كونه ذكراً، هذا عند أبي محمد، نظراً للعرف، وعند القاضي لا يشترط، نظراً للحقيقة، وقوله: ولم يسمه. يخرج ما إذا سماه، فإنه يستحقه بشرطه بلا نزاع، واشتراط الخروج من الثلث واضح وقد تقدم.

قال: وإذا أوصى له بشيء بعينه ـ فتلف بعد موت الموصي لم يكن للموصى له شيء.

ش: إذا أوصى له بشيء بعينه ـ كهذا العبد ونحوه ـ فتلف بعد موته، وقبل القبول، لم يكن للموصى له شيء، حكاه ابن المنذر إجماعاً، وذلك لأن الموصى له إنما يستحق بالوصية وهي في معين، فتذهب بذهابه، وبطريق التنبيه إذا تلف قبل موت الموصي.

قال: وإن تلف المال كله إلا الموصى به فهو للموصى له.

ش: نص على هذا أحمد، لأن حق الورثة تعلق بما عدا المعين، وقد تلف، فيتلف على ملكهم، أما المعين فلم يتعلق حقهم به، ولذلك كان للموصى له أخذه بغير رضاهم.

قال: ومن أوصي له بشيء فلم يأخذه زماناً، قوم وقت الموت، لا وقت الأخذ.

ش: اعلم أنا نذكر أولاً أصلاً، ثم نذكر هذه المسألة، لأن بعضهم بناها عليه، فنقول: اتفق أصحابنا فيما علمت على أن شرط ثبوت الملك للموصى له القبول بعد الموت، ثم اختلفوا متى يثبت الملك له، فالمذهب عند أبي محمد رحمه الله أن الملك لا يثبت له إلا عقب القبول، وهو مقتضى قول القاضي، وعامة أصحابه، قال أبو الخطاب في الهداية: وأومأ إليه أحمد فقال: الوصية والهبة واحد. واختار أبو بكر في الشافي أن الملك مراعى، فإذا قبل تبينا أن الملك ثبت له من حين الموت، وحكى الشريف عن شيخه أنه قال: إنه ظاهر كلام الخرقي. ولعله أخذه من هذه المسألة، قال في التعليق: وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور، فيمن أوصي له بشيء فلم يأخذه زماناً، قال سفيان: يحسب على الموصى له بقيمته يوم يأخذه، قال أحمد: له يوم أوصى. قال: فظاهر هذا أن الملك حصل بالسبب السابق. وقوله: يوم أوصى. معناه يوم تعتبر قيمته حين الموت، لأنه حين الوصية باق على ملك الموصي، فلا تعتبر قيمته إذاً، ثم على الأولى هل يبقى الملك بعد موت الموصى له، فيتوفر بنمائه

ثلثه ـ وهو مقتضى قول الشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما ـ أو يكون الملك للورثة ثم ينتقل إلى الموصى له إذا قبل ـ وهو اختيار أبي محمد، وابن البنا، والشيرازي؟ فيه وجهان وتلخص أن في الملك بين الموت والقبول ثلاثة أوجه، للميت، للورثة، للموصى له.

إذا تقرر هذا فقول الخرقي: إن التقويم يعتبر بحال الموت، لا بحال الأخذ، وكذلك نص عليه أحمد في رواية ابن منصور، فيحتمل أنه بناء منهما على أن الملك يكون مراعى، وأن الموصى له إذا قبل ثبت ملكه من حين الموت، أما إن قلنا: إن الملك لا يثبت إلا حين القبول، فيعتبر التقويم إذاً، وإلى هذا جنح أبو البركات، مع زيادة تحقيق، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، ويحتمل أن هذا الحكم جار على جميع الوجوه، وهو مقتضى كلام أبي محمد، فإنه حكى الخلاف في الأصل، ثم ذكر هذه المسألة، وقال: لا أعلم فيها خلافاً. وقال أبو العباس: إن قول الخرقي هو قول قدماء الأصحاب، وإنه أوجه من قول جده، يعني بالبناء، فعلى هذا الاعتبار في التقويم بحال الموت سعراً وصفة، فعلى هذا إذا قوم الموصى به حال الموت، فخرج من الثلث، كان للموصى له، وإن زاد حين القبول، حتى لم يخرج من الثلث، ولو لم يخرج من الثلث حال الموت، كان له منه بقدر الثلث، وإن زاد سعره أو صفته، حتى خرج من الثلث حال القبول، وذلك لأن تأخير القبول حصل بتفريط من الموصى له، فهو كتأخير المشتري قبض المبيع المعين، بعد التمكن من قبضه، والمذهب أن مجرد التمكن من القبض في المبيع المعين ونحوه ينقل الضمان، فكذلك التمكن من القبول في الوصية، إذ القبول فيها بمنزلة القبض في غيرها، وإن قلنا بالرواية الأخرى في البيع ونحوه، وأن الضمان لا ينتقل إلا بالقبض، فهذا في المعاوضات على ضعف، أما الشركة ونحوها فنفس التمييز كاف، ولأن الموصى به مباح للموصى له، وقد امتنعت الورثة من التصرف فيه ـ وإن قلنا الملك لهم أو للميت ـ لأجل حق الموصى به، فأشبه العبد الجاني، والتركة المستغرقة بالدين، وإن قلنا: انتقلت إلى الورثة، فإنه لو أخر استيفاء حقه حتى نقص العبد أو التركة كان النقص عليه، ولم يكن له حق في غير ذلك، كذلك ها هنا، وقد قال أبو الخطاب في الانتصار وطائفة من الأصحاب: وإن تعلق حق الغرماء بالتركة لتعلق الموصى له بالموصى به هل يمنع من الانتقال؟ على روايتين، ولأن الموصى له وإن لم يملك، لكن له حق التملك، فأشبه ربح المضاربة قبل القسمة، إن قلنا: لا يملك إلا بها. على رواية، ونصف الصداق بعد الطلاق، إن قلنا: لا يدخل في ملك الزوج إلا باختياره على وجه، والمغانم قبل القسمة إن قلنا: لا تملك إلا بها. على وجه أيضاً، فإن جميع هذه الصور الضمان على من له حق التملك، كذلك ها هنا، ولا يقال: القبول ها هنا بمنزلة القبول في الهبة والبيع، لأن التملك في الوصية حق ثابت، لا يمكن أحداً فسخه بعد الموت، فهو كربح المضاربة،

وقبول البيع والهبة حق غير ثابت، لإمكان إبطاله، ولهذا قال الخرقي: إن خيار القبول في الوصية ينتقل إلى الورثة وإن كان خيار قبل البيع والهبة لا ينتقل اتفاقاً.

وأيضاً فإن العدل الشرعي أن لا تفضل الوصايا على الورثة بزيادة على الثلث، لا في الملك، ولا في القبض، فإذا أوصى بعبد، وله عبدان آخران، فالعدل أن نقص العبدين كما هو على الورثة، كذلك نقص العبد على الموصى له لا يقال: يلزم على هذا أن الملك مع الزيادة يكون للورثة والضمان على الموصى له، لأنا نقول: ليس هذا ببدع. كما نقول: ضمان الثمر على الشجر على البائع، والزيادة للمشتري، والعين المؤجرة ضمانها على المؤجر، والربح للمستأجر. انتهى، وقال أبو البركات: إن قلنا: إن الملك يتبين ثبوته للموصى له من حين الموت، فإن الموصى به يقوم بسعره يوم الموت، على أدنى صفاته من حين الموت، إلى حين القبول، وإن قلنا: إن الملك لا يثبت إلا عقب القبول، وأنه قبل للورثة أو للميت. اعتبر التقويم وقت القبول سعراً وصفة، وبيان ذلك أما السعر فلأنه إنما اعتبر حال الموت على الأول، لأنا تبينا بالقبول دخوله في ملكه حين الموت، وإذاً تكون زيادة السعر ونقصها عليه، لأن زيادة السعر ونقصه لا تضمن مع بقاء العين المستحقة، وإن ضمنت العين، كما في الغصب وغيره على المشهور، وأما على الوجهين الآخرين، فلأن الملك إنما حصل له بالقبول، فقبل القبول لا يقوم عليه، كما قبل الموت اتفاقاً، وأما نقص الصفة أما على الوجهين الآخرين فواضح، لأن الملك للورثة أو للميت، والزيادة لهما، فكذلك النقص عليهما، إذ الخراج بالضمان، وأما على الوجه الأول فلأن الموصى له لا يضمن إلا بالقبول، كما أن غيره لا يضمن إلا بالتمكين من القبض أو بحقيقة القبض على الخلاف، وذلك لأن القبول لا يرد إلا على عين موجودة، لأنه وإن أثبت الملك من حين الموت، فلا بد من بقائه إلى حينه، إذ ثبوت الملك قبله تبع لثبوته في حينه فما ليس بموجود لا يقبل، لتعذر الملك فيه، ولهذا لو تلفت العين الموصى بها قبل القبول، امتنع القبول فيها، فكذلك إذا تلف بعضها، ولا ضمان أيضاً على الورثة، بحيث يحسب من الثلثين، لأن الورثة لم يملكوا ذلك، فأشبه ما لم يمكنهم قبضه وأولى.

فإن قيل: يلزم على هذا أن تكون الزيادة للموصى له، والنقص ليس عليه. قلنا: كذا ما اشتري بصفة أو رؤية متقدمة، هو مضمون على البائع،حتى يتبين أنه على ما رؤي أو وصف، فلو زاد في هذه المدة كانت الزيادة للمشتري، وقد ذكر أبو البركات نحو هذا في الصداق أيضاً، إذا تعذر الرجوع في نصف عينه، فإنه يرجع بنصف قيمته يوم الفرقة، على أدنى صفاته من يوم العقد، إلى يوم القبض، إلا المتميز إذا قلنا: يضمنه بالعقد، فتعتبر صفته وقت العقد، وذلك لأن مع التعذر إنما يستحق نصف القيمة يوم الفرقة، فيعتبر السعر إذاً، وأما صفة المقوم فإن كان قد زاد بعد العقد وقبل القبض لم يستحق نصف قيمة الزيادة، لحدوثها على ملك الزوج، وإن كان قد نقص

فهو مضمون عليها، لعدم التمكن من القبض، المقتضي لضمان الزوج.

قال أبو العباس: واعلم أن تحرير هذه العبارة هنا، وفي الصداق، له دون غيره، وإن كان قد ذكره غير واحد متفرقاً في الصداق، ويؤخذ من تعليل بعضهم هنا، قال: وهو متوجه في الصداق، أما هنا ففيه نظر، لأن المملوك بالوصية، كالمملوك بالإرث، لا يتوقف تمام الملك فيهما على قبض، وإن تلف تلف من ضمانهما، بخلاف المملوك بالعقود، كالبيع ونحوه، لا يتم الملك فيها إلا بالتمكن من القبض، وإذا تلفت تلفت من ضمان الذي خرجت من ملكه، وأيضاً فإن بالقبول يتبين أن الملك كان للموصى له، وإذاً يكون التالف قبل القبول من ملكه، إذ لم يفت فيه إلا بالقبض، والقبض غير مؤثر، بدليل ما لو قبل وأخر القبض. والله أعلم.

قال: وإذا أوصى بوصايا وفيها عتاق، فلم يف الثلث بالكل، تحاصوا في الثلث، وأدخل النقص على كل واحد بقدر ما له في الوصية.

ش: هذا هو المشهور، المختار للأصحاب من الروايتين، للاشتراك في سبب الاستحقاق، ولا مزية لأحدهم على الآخر، فعلى هذا لو وصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمعين قيمته مائة، وبعتق عبد قيمته خمسون، وثلثه مائة درهم، فإنك إذا نسبت الثلث إلى مجموع الوصايا، وجدته خمسيها، فكل من له شيء له خمساه، (والرواية الثانية) يقدم العتق، لترجحه بما فيه من حق الله تعالى، وحق الآدمي وتشوف الشارع إليه، ولو لم يكن في الوصايا عتاقة تحاصوا فيها بلا نزاع. والله أعلم.

قال: وإذا أوصى بفرس في سبيل الله، وألف درهم تنفق عليه، فمات الفرس، كانت الألف للورثة، وإن أنفق بعضها رد الباقي إلى الورثة.

ش: لتعذر العمل بالوصية في الجميع أو في البعض، وإذاً يرجع إلى الورثة، لأن سبب استحقاقهم قائم، وإنما منعوا لمعارض وقد زال، ويحتمل أن تنفق الألف على فرس آخر في السبيل، إذ المقصود من مثل هذه الوصية الجهة، لا ذات الفرس، وصار كما لو وصى بألف في الحج، فإنه يصرف في حجة بعد أخرى حتى ينفد، والله سبحانه أعلم.

كتاب الفرائض

ش: الفرائض جمع فريضة، وهي في الأصل مصدر من: فرض وافترض. وحدها في الاصطلاح: العلم بقسمة المواريث.

٢٢٤١ ـ والأصل فيها ما روى أبو هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإنه نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول شيء ينزع من أمتي»[(١)] رواه ابن ماجه والدارقطني.

٢٢٤٢ ـ وعن عبد الله بن عمرو بن العاص، أن رسول الله ﷺ قال: «العلم ثلاثة، وما سوى ذلك فهو فضل، آية محكمة، أو سنة قائمة، أو فريضة عادلة»[(٢)] رواه أبو داود وابن ماجه.

قال: ولا يرث أخ ولا أخت لأب وأم، أو لأب مع ابن، ولا مع ابن ابن وإن سفل، ولا مع أب.

ش: يسقط ولد الأبوين أو الأب ذكرهم وأنثاهم بلاثة، الابن، وابنه، والأب بالإجماع، حكاه ابن المنذر، وقد قال سبحانه ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦] وهو يقتضي أن الأخ والأخت لا يرثان مع وجود الولد، وهو شامل للولد وولد الابن، «والكلالة» من لا ولد له ولا والد، والمراد الأخ والأخت من الأبوين أو الأب بلا نزاع، وإنما خص الحجب بالولد الذكر، وإن كانت الآية الكريمة تشمل الأنثى ـ لما سيأتي من أن الأخوات مع البنات عصبة، وإذاً فالآية الكريمة مخصوصة بالذكر، ويزيد ولد الأب على حجبه، بالثلاثة أنه يحجب بالأخ من الأبوين، وقد أشعر كلام الخرقي بهذا في قوله: والأخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم، إذا لم يكن أخوات لأب وأم

٢٢٤٣ ـ وذلك لما روى علي رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية، وأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات، يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه، دون أخيه لأبيه[(٣)]. رواه أحمد والترمذي، وابن ماجه.

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٧١٩، والدارقطني ٤/ ٦٧.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢٨٨٥، وابن ماجه حديث ٥٤.

(٣) أخرجه الترمذي ٢١٨٥، وابن ماجه حديث ٢٧١٥، وأحمد ١/ ٦٩.

قال: ولا يرث أخ ولا أخت لأم مع ولد، ذكراً كان أو أنثى، ولا مع ولد ابن، ولا مع أب، ولا مع جد.

ش: ولد الأم ذكرهم وأنثاهم يسقط بأربعة الولد، وولد الابن، والأب، والجد أبي الأب، في قول العامة، لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ﴾ [النساء: ١٢] والمراد بالأخ والأخت من الأم بالإِجماع، والكلالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد، والولد يشمل الولد، وولد الابن، والوالد يشمل الأب، والجد. والله أعلم.

قال: والأخوات مع البنات عصبة، لهن ما فضل، وليست لهن معهن فريضة مسماة.

ش: العصبة في الاصطلاح؟ وحكمه أنه يرث بلا تقدير، ثم تارة ينفرد فيحوز جميع المال، وتارة تستغرق الفروض المال فيسقط، وتارة لا تستغرق فيأخذ الفاضل، إذا تقرر هذا فالأخوات مع البنات عصبة، لهن الفاضل عن فروض البنات، وليست لهن مع البنات فريضة مسماة.

٢٢٤٤ ـ لما روي أن أبا موسى الأشعري سئل عن ابنة، وابنة ابن، وأخت، فقال: للابنة النصف، وللأخت النصف. فسئل ابن مسعود، وأخبر بقول أبي موسى، فقال: لقد ﴿ضَلَلْتُ إِذًا وَمَآ أَنَا۠ مِنَ ٱلْمُهْتَدِينَ﴾ [الأنعام: ٥٦] أقضي فيها بما قضى النبي ﷺ، للبنت النصف، ولابنة الابن السدس، تكملة الثلثين، وما بقي فللأخت. فأخبر أبو موسى بقول ابن مسعود فقال: لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم[(١)]. رواه البخاري وغيره، والمراد بالأخوات الأخوات لأبوين، أو لأب، لأنه قد تقدم له أن الأخوات للأم لا يرثن مع الولد.

قال: وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات.

ش: هذا إجماع، ويشهد له عموم قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾ [النساء: ١١] ـ الآية وولد البنين أولاد، قال الشاعر[(٢)]:

(بنونا بنو أبنائنا)

أي بنو أبنائنا بنونا، وقوله: بمنزلتهن. أي عند عدمهن، في إرثهن، وحجبهن لمن تحجبه البنات، وفي كون الأخوات معهن عصبة، وغير ذلك.

قال: فإن كن بنات وبنات ابن، فللبنات الثلثان، وليس لبنات الابن شيء إلا أن يكون معهن ذكر، فيعصبهن فيما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٦٧٣٦، وأبو داود حديث ٢٨٩٠، وابن ماجه حديث ٢٧٢١، وأحمد ١/ ٣٨٩.

(٢) عجز البيت: بنوهن أبناء الرجال الأباعد.

والبيت من الطويل، وهو للفرزدق في خزانة الأدب ١/ ٤٤٤، وبلا نسبة في الإنصاف ١/ ٦٦.

ش: البنات لهن الثلثان بالإجماع، وسنده قوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١] وكذلك البنتان لهما الثلثان بالإجماع.

٢٢٤٥ ـ ولا عبرة برواية شذت عن ابن عباس، و ﴿فَوْقَ﴾ في الآية الكريمة قيل: زائدة للتوكيد.

٢٢٤٦ ـ ويؤيد ذلك ويوضحه ما روى جابر رضي الله عنه، قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد، فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك في أحد شهيداً، وإن عمهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالاً، ولا ينكحان إلا بمال. فقال: «يقضي الله في ذلك» فنزلت آية الميراث، فأرسل رسول الله ﷺ إلى عمهما، فقال: «اعط ابنتي سعد الثلثين، وأمهما الثمن، وما بقي فهو لك»[(١)] رواه الخمسة. وهذا بيان الآية الكريمة، وأيضاً قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ﴾ [النساء: ١٧٦] وهذا يدل بطريق التنبيه على أن للبنتين الثلثين، لأنهما أقرب من الأختين، ولا شك أن دلالة التنبيه أقوى من دلالة مفهوم الشرط، بل قد قال بعض العلماء: إنها أقوى من دلالة النص، وأيضاً قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] وإذا كان معنا ذكر وأنثى، فللأنثى الثلث، وللذكر الثلثان مثل حظ الأنثيين.

إذا تقرر هذا فإذا كان في المسألة بنتان فصاعداً، وبنات ابن، فللبنتين فصاعداً الثلثان، وتسقط بنات الابن بالإجماع، ولأن الثلثين لجهة البنات، وقد استوعبه بنات الصلب، فسقط بنات الابن، لأنهن دونهن في الدرجة، اللهم إلا أن يكون معهن في درجتين ذكر من بني الابن كأخيهن، أو ابن عمهن، فيعصبهن فيما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين، لعموم قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾ [النساء: ١١] الآية، وهؤلاء أولاد، وكذلك لو كان الذكر من ولد الابن أنزل منهن، كابن أخيهن، أو ابن عمهن، أو ابن ابن ابن عمهن، لما تقدم، والله أعلم.

قال: فإن كانت ابنة واحدة وبنات ابن، فلابنة الصلب النصف، ولبنات الابن ـ واحدة كانت أو أكثر من ذلك ـ السدس تكملة الثلثين، إلاأن يكون معهن ذكر، فيعصبهن فيما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين.

ش: لا نزاع بين العلماء أن للبنت الواحدة النصف، وقد شهد لذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾ [النساء: ١١] ولا نزاع أيضاً بينهم أنه إذا كانت بنت وبنت ابن، أو بنات ابن، أو بنت ابن وبنات ابن ابن أن للبنت النصف ولبنات الابن ـ

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٨٩١، والترمذي ٢١٨٣، وابن ماجه حديث ٢٧٢١، وأحمد ٣/ ٣٥٢.

واحدة كانت أو أكثر ـ السدس تكملة الثلثين، لما تقدم من قصة أبي موسى، وحديث ابن مسعود، فإن كان مع بنات الابن ذكر، عصبهن فيما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين، لما تقدم من الآية الكريمة.

وقول الخرقي في هذه المسألة والتي قبلها: إلا أن يكون معهن ذكر. يشمل ما إذا كان في درجتهن، أو أسفل منهن، وصرح بذلك أبو البركات، وقال في المغني في الأولى: إذا كان معهن أو أنزل منهن. وقال في الثانية: إذا كان معهن في درجتهن. وظاهره أن من أنزل منهن لا يعصبهن.

قال: والأخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم، إذا لم يكن أخوات لأب وأم، فإن كان أخوات لأب وأم وأخوات لأب، فللأخوات من الأب والأم الثلثان، وليس للأخوات من الأب شيء إلا أن يكون معهن ذكر، فيعصبهن فيما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين.

ش: فرض الأخت من الأب والأم النصف، وفرض الأختين فصاعداً الثلثان، لقوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ﴾ الآية.

٢٢٤٧ ـ وعن جابر رضي الله عنه، قال قلت: يا رسول الله كيف أصنع في مالي، ولي أخوات؟ قال: فنزلت آية الميراث: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ﴾ الآية... رواه أبو داود[(١)].

٢٢٤٨ ـ ويروى أنه كان له سبع أخوات، والأخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم، لدخولهن في الآية الكريمة، لكن بشرط عدم الأخوات لأب وأم، فالأخوات لأب يسقطن بالأخوات لأبوين، وقد تقدم ذلك، ويتفرع على هذا إذا كان له أخوات لأب وأم، وأخوات لأب، فإن للأخوات للأب والأم الثلثين، وتسقط الأخوات للأب، ويستثنى من ذلك صورة واحدة، وهو ما إذا كان مع الأخوات للأب ذكر، فإنه يعصبهن فيما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين، لعموم قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦].

قال: وإن كانت أخت واحدة لأب وأم، وأخوات لأب، فللأخت من الأب والأم النصف، وللأخوات من الأب ـ واحدة كانت أو أكثر من ذلك ـ السدس تكملة الثلثين، إلاأن يكون معهن ذكر، فيعصبهن فيما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين.

ش: أما كون النصف للأخت من الأبوين فبنص الكتاب، وقدمت على الأخوات للأب لأنها أقوى منهن، وأما كون باقي الثلثين للأخوات من الأب، فلأن فرض الأخوات الثلثان، وقد أخذت الأخت للأبوين النصف، فيكون الباقي منهما ـ وهو

(١) سنن أبي داود حديث ٢٨٨٦.

السدس ـ للأخوات للأب، إلا أن يكون معهن ـ والحال هذه ـ ذكر، فيعصبهن فيما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين، لعموم قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ وشرط من يعصبهن هنا، وفي التي قبلها أن يكون أخاهن، فلا يعصبهن ابنه، بخلاف بنات الابن، كما تقدم، لأن ابن الأخ ليس بأخ، وابن الابن ابن. والله أعلم.

قال: وللأم ـ إذا لم يكن إلا أخ واحد، أو أخت واحدة، ولم يكن ولد، ولا ولد ابن ـ الثلث، فإن كان له ولد، أو ولد ابن، أو أخوان، أو أختان، فليس لها إلا السدس.

ش: ذكر الخرقي رحمه الله تعالى هنا للأم حالتين (إحداهما) لها الثلث، وهي مع عدم الولد، أو ولد الابن، والاثنين من الإخوة والأخوات، لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ فجعل لها الثلث مع عدم الولد، وهو شامل للولد وولد الابن، ولم ينقلها إلى السدس إلا مع وجود الإخوة، وليس الإخوة بأخ (الحال الثاني) لها السدس، وهو مع وجود الولد، ذكراً كان أو أنثى، أو ولد ابن، أو اثنين من الإخوة والأخوات، لقوله تعالى: ﴿لَهُۥ وَلَدٌ﴾ وهو شامل للولد وولد الابن، وللذكر والأنثى، وقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١].

٢٢٤٩ ـ وإنما صرف عن ظاهره، ولم يعتبر في حجبها ثلاثة إخوة، لما روي أن ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنه: ليس الأخوان إخوة في لسان قومك، فلم تحجب بهما الأم؟ فقال: لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي، ومضى في البلدان، وتوارث الناس به. وهذا من عثمان رضي الله عنه يدل على أن الذي منعه من إعمال ظاهر الآية الإجماع السابق، ثم إن هذا عرف القرآن في الإخوة قال سبحانه: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦] وهذا ثابت بلا نزاع في الاثنين فصاعداً، وبقي للأم (حال ثالث) يأتي بيانه إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

قال: وليس للأب مع الولد الذكر أو ولد الابن إلا السدس.

ش: هذا إجماع، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١] والولد كما تقدم يشمل الولد وولد الابن.

قال: فإن كن بنات كان له ما فضل.

ش: أي فإن كن الأولاد بنات، كان له ما فضل، يعني بعد فرض السدس، لأن الأب والحال هذه يرث بالفرض السدس، لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ والولد يشمل الذكر والأنثى، وما بقي بعد أخذ ذي الفرض فرضه يأخذه بالتعصيب،

٢٢٥٠ ـ لقوله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر»[١]. وإلا لو حمل كلام الخرقي على إطلاقه اقتضى أن يسقط فيما إذا كان معنا بنتان، وزوج، وأبوان، فإن البنتين إذاً لهما الثلثان، والزوج له الربع، والأم لها السدس، ولا يفضل للأب شيء، وليس كذلك، بل له السدس، فأصل المسألة من اثني عشر، وتعول إلى خمسة عشر، وإذاً يبقى له حال ثالث، وهو إذا لم يكن ولد أصلاً، فإنه يأخذ الفاضل بالتعصيب ليس إلا للحديث. والله أعلم.

قال: وللزوج النصف إذا لم يكن ولد، فإن كان لها ولد فله الربع.

ش: هذا مما لا خلاف فيه بحمد الله، وقد شهد له قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] الآية، وهو شامل للولد ذكراً أو أنثى، ولولدها وولد ابنها. والله أعلم.

قال: وللمرأة الربع واحدة كانت أو أربعاً، إذا لم يكن ولد، فإن كان له ولد فلهن الثمن.

ش: هذا أيضاً إجماع لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا﴾ [النساء: ١٢] وهو أيضاً شامل للولد وولد الابن.

قال: وابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب، وابن الأخ من الأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم، وابن الأخ وإن سفل إذا كان لأب أولى من العم، وابن العم للأب والأم، أولى من ابن العم للأب، وابن العم للأب أولى من ابن ابن العم للأب والأم، وابن العم وإن سفل أولى من عم الأب.

ش: هذا إشارة إلى ميراث العصبة، وتنبيه بذكر حكم بعضهم على البقية، والعصبة قد تقدم بيانهم، وحكمهم، والكلام الآن في أولادهم بالميراث، وأولاهم به أقربهم إلى الميت، ويسقط به من بعده، لما تقدم من قوله: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي هو لأولى رجل ذكر» متفق عليه، وأقربهم الابن، ثم ابنه وإن سفل، ثم الأب ثم أبوه وإن علا، ثم بنوا الأب وهم الإخوة للأبوين، أو للأب، يقدم الأخ للأبوين على الأخ للأب، وإن كانوا في درجة واحدة، لقوة قرابته بالأم، ثم بنوهم وإن سفلوا الأقرب منهم فالأقرب على ما تقدم، فيقدم ابن الأخ للأب والأم، عى ابن الأخ للأب، وابن الأخ للأب، على ابن ابن الأخ للأب والأم، لأن ابن الأخ لأب أعلى درجة من ابن ابن الأخ للأبوين، وعلى هذا أبداً، ثم بعد بني الإخوة العم، ثم ابنه وإن سفل على ما تقدم، إن استوت درجتهم قدم من هو لأبوين، وإن اختلفت قدم الأعلى وإن كان لأب، ثم عم الأب، ثم بنوه. ثم عم الجد، ثم بنوه على ما تقدم بيانه.

قال: وإذا كان زوج وأبوان، أعطي الزوج النصف، وللأم ثلث ما بقي، وما بقي

(١) أخرجه البخاري حديث ٦٧٣٢، ومسلم ١١/٥٢.

فللأب، وإن كانت زوجة وأبوان، أعطيت الزوجة الربع، وللأم ثلث ما بقي، وما بقي فللأب.

٢٢٥١ ـ لأن عمر رضي الله عنه قضى فيهما بذلك، وتبعه على ذلك عثمان، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، ويروى ذلك عن علي رضي الله عنهم، فاعتمد أحمد رضي الله عنه وعامة العلماء على ذلك.

٢٢٥٢ ـ اتباعاً لسنة الخلفاء الراشدين، المأمور باتباعهم رضي الله عنهم.

قال: وإذا كان زوج، وأم، وإخوة من أم، وإخوة لأب وأم، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة من الأم الثلث، وسقط الإخوة من الأب والأم، وهذه المسألة تسمى الحمارية.

ش: لا نزاع في أن للزوج النصف، وللأم السدس، واختلف في أن الثلث الباقي، هل هو للإخوة من الأم، وتسقط الإخوة من الأبوين، أو يشرك فيه بين الجميع، والمشهور المعروف من مذهبنا هو الأول.

٢٢٥٣ ـ وهو مروي عن علي، وابن مسعود، وابن عباس، وأبي موسى الأشعري، وأبي بن كعب رضي الله عنهم، لأن الإخوة من الأم أصحاب فرض، بدليل قوله تعالى: ﴿دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوٓا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ﴾ [النساء: ١٢] والإجماع على أن المراد بالإخوة هنا الإخوة من الأم، والقاعدة أن يبدأ بصاحب الفرض، فإن استوعبت المال سقط العاصب، بدليل قول النبي ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» وأيضاً فإن ظاهر قوله تعالى: ﴿الثُّلُثِ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ يقتضي أن الإخوة من الأم يشتركون في جميع الثلث، ومن شرك بين الجميع أنقصهم من الثلث، ولم يعمل بظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦].

٢٢٥٤ ـ وعن أحمد أنه يشرك بين الجميع، وهو مروي عن عمر، وعثمان، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم. لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة التي يرثون بها، لأنهم جميعاً من ولد الأم، فيجب أن يساووهم في الميراث، وقرابة الأب إن لم تزدهم قرباً، لم تزدهم بعداً.

٢٢٥٥ ـ ولهذا قال بعض الصحابة أو بعض ولد الأبوين لعمر رضي الله عنه: هب أن أباهم كان حماراً، فما زادهم إلا قرباً. فشرك بينهم، ولهذا سميت هذه المسألة المشركة والحمارية، والله أعلم.

قال: وإذا كان زوج، وأم، وإخوة وأخوات لأم، وأخت لأب وأم، وأخوات لأب، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة والأخوات من الأم الثلث بينهم

بالسوية، وللأخت من الأب والأم النصف، وللأخوات من الأب السدس.

ش: أما كون للزوج النصف، فلما تقدم من الآية الكريمة، إذ ليس في المسألة ولد، وأما كون الأم لها السدس، فلقوله سبحلانه: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] وأما كون الإخوة والأخوات من الأم لهم الثلث بينهم بالسوية، فلما تقدم من قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] وأما كون الأخت من الأبوين لها النصف، فلقوله سبحانه: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌاْ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] وأما كون الأخوات من الأب لهن السدس فلأنهن مع الأخت بمنزلة بنات الابن مع البنت، وقد تقدم ذلك، وإنما مراد الخرقي والله أعلم بذكر هذه المسألة بيان دخول العول في الفرائض.

ومعنى العول أن تزيد العروض على المال كهذه المسألة، فإن فيها نصفاً، ونصفاً، وثلثاً، وسدساً، فيدخل النقص على الجميع، ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم، كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص، لضيق ماله عن وفائهم، فأصل هذه المسألة من ستة، وتعول إلى عشرة، وليس في الفرائض ما يعول مثلها سواها، ولهذا لقبت بذات الفروخ تشبيهاً للأصل بالأم، وعولها بفروخها، وتسمى أيضاً ذات الفروج بالجيم، لكثرة الفروج فيها، والله أعلم.

قال: وإذا كان ابنا عم أحدهما أخ لأم، فللأخ من الأم السدس، وما بقي بينهما نصفين.

ش: لأن الأخ للأم له السدس إذا لم يكن ابن عم، فكذلك إذا كان ابن عم، اعتماداً على الأصل، وإذا أخذ السدس كان الباقي بينهما بالسوية، لاستوائهما في التعصيب. والله أعلم.

باب أصول سهام الفرائض التي تعول

ش: معنى «أصول سهام الفرائض» المخارج التي تخرج منها فروضها، وقد تقدم معنى العول، وعكسه الرد، وهو أن يفضل المال عن الفروض والعدل تساوي المال والفروض.

قال: وما فيه نصف وسدس، أو نصف وثلث، أو نصف وثلثان، فأصله من ستة، وتعول إلى سبعة، وإلى ثمانية، وإلى تسعة، وإلى عشرة، ولا تعول أكثر من ذلك.

ش: أي والذي فيه من المسائل نصف وسدس، إلى آخره، وإنما كان أصل ذلك من ستة، لأن مخرج السدس من ستة، ومخرج النصف من اثنين، وهما داخلان في الستة، ومخرج الثلث والثلثين من ثلاثة ومخرج النصف من اثنين وإذا ضربت اثنين في ثلاثة بلغ ستة، وأمثلة ذلك بنت، وأم، وعم، أصلها من ستة، ومنها تصح، للبنت

النصف، وللأم السدس، والباقي للعم، زوج، وأم وأخ، أصلها من ستة أيضاً، ومنها تصح، للزوج النصف وللأم الثلث، وما بقي للأخ، زوج، وأختان من أبوين، أو من أب، أو إحداهما لأبوين، والأخرى لأب، أصلها من ستة، وتعول إلى سبعة، أو زوج، وأخت لأبوين أو لأب، وجدة، زوج، وأخت، وأم، أصلها من ستة، وتعول إلى ثمانية، زوج، وأم وثلاث أخوات متفرقات، تعول إلى تسعة، عول عشرة أم الفروخ وقد تقدمت، وطريق العمل في العول، أن تأخذ الفروض من أصل المسألة، وتضم بعضها إلى بعض، فما بلغت السهام فإليه انتهت المسألة، فتقول في: زوج وأخت، وأم. أصلها من ستة، للزوج النصف ثلاثة وللأخت كذلك، وللأم الثلث اثنان، المجموع ثمانية.

قال: وما فيه ربع وسدس، أو ربع وثلث، أو ربع وثلثان، فأصلها من اثني عشر، وتعول إلى ثلاثة عشر، وإلى خمسة عشر، وإلى سبعة عشر، ولا تعول إلى أكثر من ذلك.

ش: إنما كان أصل ذلك من اثني عشر، لأن مخرج الربع من أربعة، ومخرج السدس من ستة، وبينهما موافقة، بالأنصاف، فإذاً تضرب نصف أحدهما في كامل الآخر، فيبلغ اثني عشر، وكذلك تضرب مخرج الربع في مخرج الثلث والثلثين وهو ثلاثة، لعدم الموافقة بينهما، فيصير اثني عشر، مثال ذلك زوج، وأبواه، وخمسة بنين، للزوج الربع ثلاثة، وللأبوين السدسان أربعة، والباقي للبنين، وهو خمسة أسهم، لكل ابن سهم، امرأة وأختان لأبوين أو لأب، وعصبة، أمثلة عول ذلك: زوج، وابنتان وأم، أصلها من اثني عشر، وتعول إلى ثلاثة عشر، زوج، وأبواه، وابنتان، تعول إلى خمسة عشر، ثلاث نسوة، وجدتان، وأربع أخوات لأم، وثمان لأب، تعول إلى سبعة عشر، ولا يعول هذا الأصل إلى أكثر من هذا. والله أعلم.

قال: وما فيه ثمن وسدس، أو ثمن وسدسان، أو ثمن وثلثان، فأصلها من أربعة وعشرين، وتعول إلى سبعة وعشرين، ولا تعول إلى أكثر من ذلك.

ش: لأن مخرج الثمن من ثمانية، ومخرج السدس من ستة، وبينهما موافقة بالأنصاف، فإذا ضربت وفق أحدهما في كامل الآخر انتهى إلى أربعة وعشرين، وكذلك إذا ضربت مخرج الثمن، في مخرج الثلثين وهو ثلاثة، يبلغ أربعة وعشرين، ولم يقل: ثلث وثمن. لعدم اجتماعهما، إذ الثمن لا يكون إلا للزوجة مع الولد، وإذاً ينتفي الثلث، إذ هو فرض الإخوة من الأم، والولد يسقطهم، وفرض الأم، والولد يحجبها عنه إلى السدس، ومثال المسألة امرأة وأبوان، وابن، للمرأة الثمن، وللأبوين، السدسان، والباقي ـ وهو ثلاثة عشر سهماً ـ للابن، امرأة، وابنتان، وأم، وعصبة، للمرأة الثمن، وللبنتين الثلثان، وللأم السدس، والباقي ـ وهو سهم ـ للعصبة، مثال عولها: امرأة، وأبوان، وابنتان، تعول إلى سبعة وعشرين، ولا تعول إلى أكثر من

ذلك، ولهذا سميت البخيلة، لأنها أقل الأصول عولاً، وتسمى المنبرية.

٢٢٥٦ ـ لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال: صار ثمنها تسعاً. ومضى في خطبته[1]، يعني أن المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين، صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين، وهي التسع، والله أعلم.

قال: ويرد على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم، إلا الزوج والزوجة.

ش: قد تقدم معنى الرد، وهو أن يفضل المال عن الفروض، كما إذا لم يخلف الميت إلا بنات، أو جدات، ونحو ذلك، ولا نزاع بين أهل العلم أنه لا يرد على الزوج والزوجة.

٢٢٥٧ ـ إلا ما روي عن عثمان أنه رد على زوج، وأول على أنه كان عصبة، أو ذا رحم، إذا العمدة في الرد قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] والزوجة ليس سببها ذا رحم، واختلف هل يرد على غيرهما من ذوي الفروض؟ ومشهور مذهبنا الذي عليه الأصحاب القول بالرد مطلقاً، للآية الكريمة، إذ هؤلاء من ذوي الأرحام، فيكونون أولى من غيرهم بنص الكتاب.

٢٢٥٨ ـ وفي الصحيح أن النبي ﷺ قال: «من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلا فإليّ»[2] وهو عام في جميع المال، (وعن أحمد): لا رد مطلقاً. والفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال، وقد تقدم الكلام على ذلك، والإشارة إلى دليله، فيما إذا أوصى بجميع ماله،

٢٢٥٩ ـ ونقل عنه ابن منصور: لا يرد على ولد الأم مع الأم، ولا على الجدة مع ذي سهم، ولعله تبع في ذلك أثراً، والله أعلم.

قال: وإذا كانت أخت لأب وأم، وأخت لأب، وأخت لأم فللأخت للأب والأم النصف، وللأخت للأب السدس، وللأخت للأم السدس، وما بقي يرد عليهم على قدر سهامهن، فصال المال بينهن على خمسة أسهم، للأخت للأب والأم ثلاثة أخماس المال، وللأخت للأب الخمس، وللأخت للأم الخمس.

ش: هذا مثال للرد، وهو واضح وطريق العمل فيه أنك تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسألتهم، وهي أبداً تخرج من ستة، إذ ليس في الفروض مالاً يخرج منها إلا الربع والثمن، وليسا لغير الزوجين، وليسا من أهل الرد، ثم تجعل عدد سهامهم أصل مسألتهم، كما صارت السهام في المسألة العائلة، هي المسألة التي تضرب فيها العدد الذي انكسرت عليه سهامه، وكذلك هنا إذا انكسرت على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم، لأن ذلك صار أصل مسألتهم، ومن أمثلة المسألة، جدة، وأخ من أم، لكل

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ٤/ ٦٨، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٢٥٣.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٢٩٨، ومسلم ١١/ ٦٠.

واحد منهما السدس، أصلها اثنان، فتقسم المال عليهما، لكل واحد منهما نصف المال، فإن كانت الجدات ثلاثاً فلهن السهم، لا ينقسم عليهن، فتضرب عددهن في أصل المسألة، وهي اثنان، تصير ستة، للأخ من الأم النصف ثلاثة، ولكل جدة سهم، وفي مثال الخرقي لو كن الأخوات من الأب أربعاً، فإنك تضرب عددهن في أصل مسألتهم وهو خمسة، تصير عشرين، للأخت للأب والأم ثلاثة أخماسها اثنا عشر، وللأخت من الأم الخمس أربعة، وللأخوات للأب كذلك، لكل واحدة سهم، بنت وأربع بنات ابن، وثلاث جدات، أصلها أيضاً من خمسة وتصح من ستين، إذ سهم الجدات لا ينقسم عليهن، وكذلك سهم بنات الابن، والرؤوس متباينة، فإذا ضربت عدد أحدهما في الآخر كان اثني عشر، ثم إذا ضرب ذلك في خمسة بلغ ستين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب الجدات

قال: وللجدة إذا لم تكن أم السدس.

ش: ترث الجدة السدس بالإِجماع.

٢٢٦٠ ـ وقد شهد له ما روى قبيصة بن ذؤيب رضي الله عنه قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر، فسألته عن ميراثها، فقال: ما لك في كتاب الله شيء، وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً، فارجعي حتى أسأل الناس. فسأل الناس، فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس. فقال: هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري فقال: مثل ما قال المغيرة، فأنفذه لها أبو بكر، قال: ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب، فسألته ميراثها، فقال: ما لك في كتاب الله شيء، ولكن هو ذلك السدس، فإن اجتمعتما فهو بينكما، وأيكما خلت به فهو لها[1]. رواه الخمسة إلا النسائي، وصححه الترمذي، وتحجبها الأم من أية جهة كانت، كما اقتضاه كلام الخرقي، وهو إجماع أيضاً.

٢٢٦١ ـ لما روى بريدة رضي الله عنه أن النبي ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم تكن دونها أم، رواه أبو داود[2]، والله أعلم.

قال: وكذلك إن كثرن لم يزدن على السدس فرضاً.

ش: الجمع من الجدات لهن السدس كما لواحدة، لما تقدم عن عمر رضي الله عنه.

٢٢٦٢ ـ وعن أبي بكر نحوه، فروى سعيد: ثنا سفيان وهشيم، عن يحيى بن

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٨٩٤، والترمذي ٢١٩٤، وابن ماجه حديث ٢٧٢٤، وأحمد ٤/ ٢٢٥.

(٢) سنن أبي داود حديث ٢٨٩٥.

سعيد، عن القاسم بن محمد، قال: جاءت الجدتان إلى أبي بكر، فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب، فقال له عبد الرحمن بن سهل بن حارثة ـ وكان شهد بدراً ـ: يا خليفة رسول الله ﷺ أعطيت التي إن ماتت لم يرثها، ومنعت التي لو ماتت ورثها، فجعل أبو بكر السدس بينهما. مع أن هذا أيضاً قد حكي إجماعاً، وقول الخرقي: لم يزدن على السدس فرضاً. يحترز به مما تقدم له من الرد، فإنهن يأخذن في الرد زيادة على السدس، والله أعلم.

قال: وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لأقربهن.

ش: أما إن كانتا من جهة واحدة، ـ كما إذا كانت إحداهما أم الأخرى ـ فالإجماع على أن الميراث للقربى، وتسقط البعدى، وأما إن كانتا من جهتين، والقربى من جهة الأم، فبالاتفاق أيضاً، ـ لكن عندنا ـ على أن الميراث لها دون البعدى، لأن الأقرب يحجب الأبعد، دليله الآباء والأبناء، أما إن كانت القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الأم؟ فيه روايتان، (إحداهما) ـ وهو ظاهر كلام الخرقي، ونصره أبو محمد ـ تحجبها لما تقدم، (والثانية) ـ وبها قطع القاضي في جامعه، وصححها ابن عقيل في التذكرة، وهي المنصوصة عنه، حتى أن القاضي في الروايتين لم يذكر الرواية الأولى إلا عن الخرقي، ولم يستشهد لها بنص ـ لا تحجبها، لأن الأب الذي تدلى به الجدة، لا يحجب الجدة من قبل الأم، فالتي تدلي به أولى أن لا تجبها، وبهذا فارقت القربى من قبل الأم، فإنها تدلي بالأم، وهي تحجب جميع الجدات، ومثال ذلك أم أم، وأم أم الأب، المال للأولى بلا نزاع عندنا، أم أب، وأم أم أم، المال للأول في قول الخرقي، ولهما على المنصوص، والله أعلم.

قال: والجدة ترث وابنها حي.

ش: هذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار القاضي، وابن عقيل، وأبي محمد وغيرهم.

٢٢٦٣ ـ لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب أمع ابنها، وابنها حي. رواه الترمذي(١). ولأن الجدات أمهات، يرثن ميراث الأم، لا ميراث الأب، فلا يحجبن به كأمهات الأم (والرواية الثانية) لا ترث مع حياته، بل يحجبها.

٢٢٦٤ ـ وهو قول زيد بن ثبات، لأنها تدلي به، فلا ترث معه، كأم الأم مع الأم، ومحل الخلاف إذا كان الابن أباً للميت أو جده، أما لو كان عماً للميت فإنه لا يحجبها رواية واحدة، بل قال ابن عقيل: بالإجماع. ومثال المسألة أم أب وأب، فعلى الأولى لها السدس والباقي له، وعلى الثانية الكل له، أم أب، وأم أم، وأب، فعلى

(١) الجامع الصحيح ٢١٩٥.

الأولى السدس بينهما، وعلى الثانية السدس لأم الأم على الصحيح، وقيل: بل نصفه والباقي للأب، والله أعلم.

قال: والجدات المتحاذيات أن تكون أم أم أم، وأم أم أب، وأم أبي أب، وإن كثرن فعلى ذلك.

ش: لما تقدم له رحمه الله أن الجدات يرثن السدس وإن كثرن، وأن القربى تسقط البعدى، أراد أن يبين الجدات المتحاذيات، أي المتساويات في الدرجة، وإلا مع عدم التساوي ترث القربى دون البعدى، والجدات المتحاذيات كما ذكر الخرقي، لأن الجميع استووا في أن بينهن وبين الميت درجتين، ولا يتصور التحاذي في الثلاث إلا على ما ذكر، فأما في الأربع فأم أم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب.

وقول الخرقي: وإن كثرن فعلى ذلك. يحتمل أن يريد أنه يرث أكثر من ثلاث جدات مع تحاذيهن، فعلى هذا يرث في الدرجة الخامسة خمس: أم أم أم أم وأم أم أم أب، وأم أم أم أبي أب، وأم أم أبـي أبـي أب، وأم أبـي أبـي أبـي أب، وفـي السادسة ستة وعلى هذا أبداً، ويحتمل هذا أيضاً إطلاق الخرقي المتقدم في قوله: وكذلك إن كثرن لم يزدن على السدس. وأظنه رواية محكية، وذلك لأن الزائدة على الثلاث جدة أدلت بوارث، فوجب أن ترث كإحدى الثلاث، والمعروف والمشهور في قول أحمد ومذهبه أنه لا يرث أكثر من ثلاث جدات، وهن اللاتي ذكرهن الخرقي، أم الأم وإن علت درجتها، وأم الأب وإن علت درجتها، وأم الجد وأمهاتها، ولا ترث أم أب الأم بالإجماع، لإدلائها بغير وارث، ولا أم أبي الجد عندنا.

٢٢٦٥ ـ والأصل في حصر الإرث في الثلاث السابقات ما روي عن عبد الرحمن بن يزيد رضي الله عنه قال: أعطى رسول الله ﷺ ثلاث جدات السدس، ثنتين من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم، رواه الدارقطني[1] هكذا مرسلاً، والأصل عدم توريث ما زاد على ذلك، ما لم يقم عليه دليل.

٢٢٦٦ ـ وقد روى سعيد، عن إبراهيم، قال: كانوا يورثون من الجدات ثلاثاً، ثنتين من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم. والله أعلم.

باب من يرث من الرجال والنساء

قال: ويرث من الرجال عشرة الابن، ثم ابن الابن، وإن سفل، والأب، والجد وإن علا، والأخ، وابن الأخ، والعم، ثم ابن العم، والزوج، ومولى النعمة، ومن النساء سبع، البنت، وبنت الابن، والأم، والجدة، والأخت، والزوجة ومولاة النعمة.

---

(١) سنن الدارقطني ٤/ ٩٠.

ش: هؤلاء مجمع على توريثهم، وقد شهد لغالبهم الكتاب والسنة، فالابن في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] وابنه ولد، فيدخل في ذلك، والأب في قوله: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] والجد يدخل في ذلك أيضاً، والأخ من الأم في قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: ١٢] والأخ للأبوين أو للأب في قوله: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦] وابن الأخ، والعم، وابنه في قوله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفرائض فهو لأولى رجل ذكر» وشرط ابن الأخ والعم، وابنه أن لا يكونوا من الأم، لأنهم إذاً ليسوا بعصبة، والزوج في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم﴾ [النساء: ١٢] ومولى النعمة في قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» والبنت، وبنت الابن، والأم، والأخت، والزوجة ومولاة النعمة فيما تقدم من الكتاب والسنة، والجدة فلأن النبي ﷺ أطعمها السدس. والله أعلم.

باب ميراث الجد

قال: ومذهب أبي عبد الله رحمه الله في الجد قول زيد بن ثابت رضي الله عنه.

ش: يعني في توريث الإخوة مع الجد، وفي كيفية توريثهم معه، أما الأول ـ وهو توريث الإخوة مع الجد ـ فهو المذهب المعروف، المشهور عند عامة الأصحاب.

٢٢٦٧ ـ وهو قول علي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم لأن توريث الإخوة ثبت بنص الكتاب، فلا يمنعون إلا بنص، أو إجماع، أو قياس، ولم يرد شيء من ذلك، ولأن الأخوة والجدودة في درجة واحدة، إذ الجد أب الأب، والأخ ابنه، وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الأبوة، بل تعصيب البنوة أقوى.

٢٢٦٨ ـ ولهذا مثله زيد رضي الله عنه بواد خراج منه نهر، تفرق منه جدولان، كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادي، ونحو ذلك عن علي رضي الله عنه.

وعن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى، اختارها أبو حفص ـ أظنه البرمكي ـ أن الجد يسقط الإخوة كما يسقطهم الأب.

٢٢٦٩ ـ وهو مذهب أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

٢٢٧٠ ـ ويروى عن ثلاثة عشر صحابياً، منهم عثمان، وعائشة، وعبد الله بن الزبير، وابن عباس، ولأنه والد، بدليل قوله تعالى: ﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ﴾ [يوسف: ٣٨].

٢٢٧١ ـ وقال عليه السلام: «ارموا بني إسماعيل، فإن أباكم كان رامياً»[١] والوالد والوالد لا ترث الإخوة معه شيئاً، قال تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي ٱلْكَلَٰلَةِ﴾ [النساء: ١٧٦] والكلالة من لا ولد له ولا والد.

٢٢٧٢ ـ ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما: ألا يتقي الله زيد، يجعل ابن الابن ابناً، ولا يجعل أبا الأب أبا. ولأن النبي ﷺ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فلأولى رجل ذكر» والجد أولى من الأخ، لأن له إيلاداً، ولو ازدحمت الفروض سقط الأخ دونه، ولأنه كالأب في أنه لا يقتل بابن ابنه، ولا يحد بقذفه، ولا يقطع بسرقة ماله، وتجب عليه نفقته، ويمنع من دفع زكاته إليه، فكذلك هنا، ثم نقول: لا شك أن أمر الجد قد اشتبه على أكابر الصحابة.

٢٢٧٣ ـ وقد روى الإمام أحمد[٢] عن الحسن، أن عمر سأل عن فريضة رسول الله ﷺ في الجد، فقام معقل بن يسار المزني فقال: قضى فيها رسول الله ﷺ، قال ماذا؟ قال: السدس. قال: مع من؟ قال: لا أدري. قال: لا دريت، قال: فما تُغْني إذاً وإذا اشتبه الأمر كان المرجع إلى أكثر الصحابة وأقدمهم وأعلمهم أولى.

ولا تفريع على هذا القول، أما على الأول فاختلفوا في كيفية توريثهم معه، ومذهبنا في ذلك بلا نزاع مذهب زيد رضي الله عنه، كما يذكره الخرقي رحمه الله.

٢٢٧٤ ـ وإنما اعتمد أحمد رحمه الله في ذلك على قول زيد، لما روى أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أرحم أمتي بأمتي أبو بكر، وأشدها في دين الله عمر، وأصدقها حياً عثمان، وأعلمها بالحلال والحرام معاذ بن جبل، وأقرؤها لكتاب الله عز وجل أبيّ، وأعلمها بالفرائض زيد بن ثابت، ولكل أمة أمين، وأمين هذه الأمة أبو عبيدة بن الجراح»[٣] رواه أحمد والنسائي، والترمذي وصححه، وابن ماجه، والحاكم، وقال: إنه على شرط الشيخين، وقال كثير من أهل العلم بالحديث: إن الصحيح أنه مرسل عن أبي قلابة، عن النبي ﷺ كذا قال الدارقطني، والخطيب، وقال ابن عبد البر: إن أكثر الرواة على هذا. واتفق الكل أن المسند منه «لكل أمة أمين، وأمين هذه الأمة أبو عبيدة بن الجراح» وكذلك أخرجه الشيخان، دون بقية الحديث.

٢٢٧٥ ـ وقد روي هذا الحديث من رواية جابر، أخرجه الطبراني، ومن رواية أبي سعيد الخدري، رواه قاسم بن أصبغ، ومن رواية ابن عمر، أخرجه أبو يعلى الموصلي، لكن في أسانيدها كلام، وأقربها، وأحسنها حديث أنس، وبها إن كان

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٨٩٩، ٣٥٠٧، وأحمد ٤/ ٥٠.

(٢) المسند ٥/ ٢٧.

(٣) أخرجه الترمذي ٤٠٧٢، وابن ماجه حديث ١٥٤، وأحمد ٣/ ١٨٤.

مرسلاً يتقوى، ويصير حجة عند العامة، والله أعلم.

قال: وإذا كان إخوة، وأخوات، وجد، قاسمهم الجد بمنزلة أخ، حتى يكون الثلث خيراً له، فإذا كان الثلث خيراً له، أعطي ثلث جميع المال.

ش: الكلام في الإخوة والأخوات للأبوين أو للأب، أما للأم فإن الجد يسقطهم بلا نزاع، فإذا كان إخوة، وأخوات، وجد، ولم يكن في المسألة ذو فرض، فإن للجد الأحظ من شيئين، المقاسمة كأخ، أو ثلث جميع المال، فمع أخ، أو أختين المقاسمة أحظ له، ومع ثلاثة إخوة أو ست أخوات، الثلث أحظ له، ومع أخوين، أو أربع أخوات يستوي الأمران، والله أعلم.

قال: وإذا كان مع الجد والإخوة والأخوات أصحاب فرائض، أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم، ثم ينظر فيما بقي، فإن كانت المقاسمة خيراً للجد من ثلث ما بقي، ومن سدس جميع المال، أعطي المقاسمة، وإن كان ثلث ما بقي خيراً له من المقاسمة، ومن سدس جميع المال أعطي ثلث ما بقي وإن كان سدس جميع المال أحظ له من المقاسمة، ومن ثلث ما بقي أعطي سدس جميع المال.

ش: إذا كان مع الجد والإخوة ذو فرض، فللجد بعد أخذ ذي الفرض فرضه الأحظ من ثلاثة أشياء. (المقاسمة) كأخ، كما لو لم يكن ذو فرض، (أو ثلث ما بقي) كما مع عدم ذي الفرض، إذ ما أخذ بالفرض كأنه ذهب من المال، فثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال، (أو سدس جميع المال) لأنه غاية الإخوة أن يكونوا بمنزلة الولد، وهو لا ينقص عن السدس مع الولد، فعلى هذا متى زادت الفروض عن النصف، فلا حظ له في ثلث الباقي، وإن نقصت عن النصف فلا حظ له في سدس جميع المال، ثم تارة تكون المقاسمة خيراً له، كما إذا اجتمع والحال هذه مع أخ، وتارة يكون ثلث الباقي خيراً له، كما إذا كانت الإخوة ثلاثة، والله أعلم.

قال: ولا ينقص الجد أبداً عن سدس جميع المال أو تسميته إذا زادت السهام.

ش: قد تقدمت الإشارة إلى أن الجد لا ينقص عن السدس، لأنه لا ينقص عن السدس مع البنين، فمع الإخوة أولى.

٢٢٧٦ ـ وعن عمران بن حصين أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: إن ابن ابني مات، فما لي من ميراثه؟ قال: «لك السدس» فلما أدبر دعاه فقال: «لك سدس آخر» فلما أدبر دعاه فقال: «إن السدس الآخر طعمة»(١) رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي وصححه.

وقوله: أو تسميته إذا زادت السهام. يعني إذا كانت المسألة عائلة، فإنه يسمى له

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٨٩٦، والترمذي ٢١٩٢، وأحمد ٤/٤٢٨.

السدس، وإن نقص عن سدس جميع المال، مثاله زوج، وأم وابنتان، وجد، للزوج الربع، وللأم السدس، وللابنتين الثلثان، وللجد السدس، أصل المسألة من اثني عشر، وتعول إلى خمسة عشر، وتعول إلى خمسة عشر، للجد منها السدس سهمان، وهما ثلثا الخمس، وهما أربعة أخماس ما كان يحصل له، إذ الخمسة عشر إذا قسمت على الاثني عشر، خص كل سهم واحد وربع، فالسهمان من الاثني عشر، سهمان ونصف من الخمسة عشر، وقد حصل له منها سهمان، فنقص عليه الخمس.

قال ـ وإذا كان أخ لأب وأم، وأخ لأب، وجد، قاسم الجد الأخ للأب والأم، والأخ للأب على ثلاثة أسهم، ثم رجع الأخ للأب والأم على ما في يد أخيه لأبيه فأخذه.

ش: هذه قاعدة في الجد، وهو أنه إذا اجتمع معه ولد أبوين، وولد أب، فإن ولد، الأبوين يعادون الجد بولد الأب، ثم ما حصل لولد الأب أخذه منهم ولد الأبوين، ففي الصورة التي ذكرها الخرقي تستوي للجد المقاسمة وثلث جميع المال، فيكون المال بينهم على ثلاثة أسهم، للجد سهم، ولكل أخ سهم، ثم يرجع الأخ للأبوين على الأخ للأب، فيأخذ ما في يده، إذ لا ميراث لولد الأب مع ولد الأبوين.

قال: وإذا كان أخ وأخت لأب وأم أو لأب، وجد، كان المال بين الجد والأخ والأخت على خمسة أسهم، للجد سهمان، وللأخ سهمان، وللأخت سهم.

ش: المقاسمة هنا أحظ للجد من الثلث فتتعين.

قال: وإذا كانت أخت لأب وأم، وأخت لأب، وجد، كانت الفريضة بين الجد والأختين على أربعة أسهم للجد سهمان، ولكل أخت سهم، ثم رجعت الأخت للأب والأم على أختها لأبيها فأخذت ما في يدها لتستكمل النصف.

ش: قد تقدم أصل هذا، وأن المقاسمة إذا كانت أحظ للجد أخذها، وأن ولد الأبوين يعادون الجد بولد الأب، ثم يأخذون منهم ما حصل لهم، فتأخذ الأخت للأبويين ما في يد الأخت من الأب ليكمل لها النصف، لأن الأخت للأب لا تأخذ شيئاً إلا إذا أخذت الأخت للأبوين النصف.

قال: فإن كان مع التي من قبل الأب أخوها، كان المال بين الجد والأخ والأختين على ستة أسهم، للجد سهمان، وللأخ سهمان، ولكل أخت سهم، ثم رجعت الأخت من الأب والأم، على الأخ والأخت من الأب، فأخذت مما في أيديهما، لتستكمل النصف، فتصح الفريضة من ثمانية عشر سهماً، للجد ستة أسهم، وللأخت للأب والأم تسعة أسهم، وللأخ سهمان، وللأخت سهم.

ش: المقاسمة والثلث هنا سيان، فيكون كما ذكره الخرقي رحمه الله تعالى، ثم تأخذ الأخت تمام النصف، وهذه القاعدة فيها، وهو أن ولد الأبوين يأخذ ما في يد

ولد الأب، إلاأن يكون ولد الأبوين أختاً واحدة، فتأخذ تمام النصف، وما فضل يكون لولد الأب، ففي هذه المسألة الفاضل عن النصف سهم، بين الأخ وأخته على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في أصل المسألة وهو ستة، تبلغ ثمانية عشر، ثم يكون كما ذكر الخرقي، والله أعلم.

قال: وإذا كان زوج، وأم، وأخت، وجد، فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللأخت النصف، وللجد السدس، ثم يقسم نصف الأخت، وسدس الجد، بينهما على ثلاثة أسهم، للجد سهمان، وللأخت سهم، فتصح الفريضة من سبعة وعشرين سهماً، للزوج تسعة أسهم، وللأم ستة، وللجد ثمانية، وللأخت أربعة.

ش: هذا مذهب زيد رضي الله عنه، وقيل: إنه لم يصرح بذلك، وإنما أصحابه قاسوها على أصوله، وأصل هذه المسألة من ستة، وتعول إلى تسعة، ثم يقسم نصف الأخت، وسدس الجد بينهما، وذلك أربعة على ثلاثة، لا تصح ولا توافق، فتضرب ثلاثة في تسعة، تصير سبعة وعشرين، ثم كل من له شيء مضروب في ثلاثة، فللزوج ثلاثة في ثلاثة بتسعة، وللأم اثنان في ثلاثة بستة، وللجد والأخت أربعة في ثلاثة باثني عشر، مقسومة بينهما، للكر مثل حظ الأنثيين فللجد ثمانية، وللأخت أربعة.

قال: وتسمى هذه الأكدرية، ولا يفرض للجد مع الأخوات إلا في هذه المسألة.

ش: قيل: سميت بذلك لأنها كدرت على زيد أصوله، فإنه أعالها، ولا عول عنده في مسائل الجد مع الإخوة، وفرض للأخت معه، ولا يفرض للأخت في غير هذه الصورة، وجمع سهامه وسهامها فقسمهما بينهما، ولا نظير لذلك.

٢٢٧٧ ـ وقيل: سميت بذلك لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه أكدر، فأفتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها، فنسبت إليه، وإنما فرض للأخت مع الجد، وأعيلت المسألة لأنه لو لم يفرض لها لسقطت، وليس في الفريضة من يسقطها، وهذا كله على المذهب المعروف، ولنا قويل آخر أنها تسقط، ويكون الباقي بعد نصف الزوج، وثلث الأم، وهو السدس للجد بالفرض، كسائر المسائل التي لا يفضل فيها إلا السدس، وإنما ضم نصفها إلى سدسه، وقسم بينهما، لأنها لا تستحق معه إلا بحكم المقاسمة، والله أعلم.

قال: وإذا كانت أم، وأخت، وجد، فللأم الثلث، وما بقي بين الجد والأخت على ثلاثة أسهم، للجد سهمان، وللأخت سهم.

ش: الباقي بعد الثلث سهمان، بين الجد، والأخت على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في ثلاثة، تصح من تسعة، للأم ثلاثة أسهم، وللجد أربعة، وللأخت سهمان، وتسمى هذه المسألة الخرقاء، لكثرة اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها، كأن الأقوال خرقتها، قيل: اختلف الصحابة فيها على سبعة أقوال، ولهذا أيضاً سميت المسبعة،

وتسمى المسدسة، لأن معنى السبعة ترجع إلى ستة.

٢٢٧٨ ـ وسأل الحجاج الشعبي عنها، فقال: اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ، ذكر له عثمان، وعلياً، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، وابن عباس.

قال: وإذا كانت بنت، وأخت، وجد، فللبنت النصف، وما بقي فبين الجد والأخت على ثلاثة أسهم، للجد سهمان، وللأخت سهم.

ش: المقاسمة هنا أحظ للجد من ثلث الباقي ومن سدس جميع المال، فيأخذها وأصل المسألة من اثنين، للبنت سهم، ويبقى سهم على ثلاثة، لا تصح، فتضرب ثلاثة في اثنين، تصير ستة، للبنت نصفها ثلاثة، وللجد سهمان، وللأخت سهم.

باب ميراث ذوي الأرحام

ذوو الأرحام في أصل الوضع الشرعي واللغوي كل من انتسب إلى الميت بقرابة، سواء كانت القرابة من قبل الأب أو من قبل الأم.

٢٢٧٩ ـ ولهذا كان أبو بكر الصديق رضي الله عنه يستدل على ميراث العصبة بقوله سبحانه: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥ والأحزاب: ٦] ولا نزاع أن الآية الكريمة تتناول العصبة وأصحاب الفروض، وإنما النزاع في تناولها للرد، ولذوي الأرحام، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ﴾ [النساء: ١]، ﴿وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرْحَامَكُمْ﴾ [محمد: ٢٢] تتناول كل قريب، ولهذا قال إمامنا وأصحابنا وغيرهم: إذا أوصى لذوي رحمه، أو وقف عليهم، تناول كل قرابة له، من جهة الأب والأم.

وذوو الأرحام في العرف الاصطلاحي هنا: كل قرابة ليس بذي فرض ولا عصبة، لأن الوارث لما كانوا ثلاثة أقسام، (منهم) من له شيء مقدر، فسمي صاحب فرض، لأن الفرض في اللغة التقدير، (ومنهم) من يأخذ المال إذا انفرد، ويأخذ ما بقي مع ذي الفرض، وهو العصبة، ولما اختص هذان القسمان الشريفان باسمين، بقي (القسم الثالث) وهو أدنى الأقسام، وهو من لا فرض له ولا تعصيب، فخص بالاسم العام، طلباً للتمييز بين الأقسام، وهذا كما أن الحيوان يشمل الناطق والبهيم، فلما امتاز الناطق باسمه الخاص وهو الإنسان، اختص الاسم العام وهو الحيوان بأدنى نوعيه، وهو البهيم.

وإذا تقرر أن ذوي الأرحام في الاصطلاح الطارىء اسم لمن يرث بلا فرض ولا تعصيب، فهم أحد عشر صنفاً، ولد البنات، وولد الأخوات، وبنات الإخوة، وبنات الأعمام، وبنوا الإخوة من الأم، والعم من الأم، والعمات، والأخوال، والخالات، وأبو الأم، وكل جدة أدلت بأب بين أمين، أو بأب أعلى من الجد. والله أعلم.

قال: ويورث ذووا الأرحام.

ش: هذا المذهب المعروف، المشهور في نص أحمد، وقول أصحابه، وهو مذهب جمهور الصحابة، لقول الله سبحانه: ﴿وَأُوْلُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] هؤلاء من أولي الأرحام، فيكونون أولى بنص الكتاب.

٢٢٨٠ ـ وفي الدارقطني[١] عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ آخى بين أصحابه، فكانوا يتوارثون، حتى نزلت: ﴿وَأُوْلُوا ٱلْأَرْحَامِ﴾ فكانوا يتوارثون بالنسب.

٢٢٨١ ـ وعن المقدام بن معد يكرب رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «من ترك مالاً فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وأرثه، والخال وارث من لا وارث له، يعقل عنه ويرثه»[٢] رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وحسنه أبو زرعة.

٢٢٨٢ ـ وعن أبي أمامة بن سهل رضي الله عنه، أن رجلاً رمى رجلاً بسهم فقتله، وليس له وارث إلا خال، فكتب في ذلك أبو عبيدة بن الجراح، إلى عمر رضي الله عنه، فكتب إليه عمر أن النبي ﷺ قال: «الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث من لا وارث له»[٣] رواه أحمد، وابن ماجه، وللترمذي منه المرفوع وحسنه.

٢٢٨٣ ـ وعن بريدة قال: مات رجل من خزاعة، فأتي النبي ﷺ بميراثه، فقال: «التمسوا له وارثاً، أو ذا رحم» فلم يجدوا له وارثاً، ولا ذا رحم، فقال النبي ﷺ: «أعطوه الكبر من خزاعة» رواه أبو داود[٤].

٢٢٨٤ ـ وعن زيد بن أسلم، عن عطاء، أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء، يستخير الله في العمة والخالة، فأنزل الله عليه: لا ميراث لهما، ولكن يرثان للرحم. رواه أبو داود هكذا مرسلاً، ولأن ذا الرحم امتاز على سائر المسلمين بالقرابة التي بينه وبين الميت، فكان أولى بماله كالعصبة.

وما يقال ـ من أراد المراد: أن من ليس له إلا خال فلا وارث له، كما يقال: الجوع زاد من لا زاد له. والجوع ليس بزاد، كذلك الخال ـ مردود بأن في الحديث «يرثه ويعقل عنه» وبأن الصحابة رووا الحديث، وفهموا منه إثبات الإرث، وفهمهم موافق للحديث، فهو حجة بلا ريب، وقوله في الحديث «وارث من لا وارث له» أي من لا وارث له معروف، وهم أصحاب الفروض والعصبة، ويؤيد هذا الحديث المرسل «لا ميراث لهما» يعني مقداراً، ولكن يورثون للرحم.

وعن أحمد رواية أخرى: لا يرثون مع بيت المال، بل يقدم بيت المال عليم،

---

(١) سنن الدارقطني ٤/ ٨٨.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢٨٩٩، ٢٩٠١، وابن ماجه حديث ٢٧٣٨، وأحمد ٤/ ١٣١.
(٣) أخرجه الترمذي ٢١٩٦، وابن ماجه حديث ٢٧٣٧، وأحمد ١/ ٢٨، ٤٦.
(٤) سنن أبي داود حديث ٢٩٠٣، ٢٩٠٤.

بناء على أنه عاصب، وقد تقدم نصه على ذلك في الوصية بجميع المال، وأنه تبع في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه.

٢٢٨٥ ـ واستدل بعضهم لها بما روى عطاء بن يسار، أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله في العمة والخالة، فأنزل الله عليه أن لا ميراث لهما، رواه سعيد بن منصور في سننه، وهو مردود بالزيادة التي رواها أبو داود، والله أعلم.

قال: فيجعل من لم تسم له فريضة بمنزلة من سميت له ممن هو نحوه، فيجعل الخال بمنزلة الأم، والعمة بمنزلة الأب، وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه جعلها بمنزلة العم، وبنت الأخ بمنزلة الأخ، وكل ذي رحم لم تسم له فريضة فهو على هذا النحو.

ش: لما ذكر رحمه الله أن ذوي الأرحام يرثون، أراد أن يبين كيفية توريثهم، وأشار أولاً إلى تعريفهم وبيانهم فقال: إنهم من لم تسم له فريضة. وفيه قصور، لأن ذوي الأرحام ـ كما تقدم ـ من لا فريضة له ولا تعصيب، ثم بين كيفية توريثهم، بأنهم يرثون بالتنزيل، وهو المذهب المشهور المعروف، حتى أن عامة الأصحاب لم يحكوا فيه خلافاً.

٢٢٨٦ ـ وروي نحو ذلك عن عمر، وعلي، وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم، وناهيك بهم، وذلك لأنهم إنما ورثوا فرعاً على غيرهم، فوجب إلحاقهم بذلك الغير.

وحكى الشيرازي والسامري رواية أنهم يرثون بالقرب، وهذا مذهب الحنفية، فعلى هذا أولادهم من كان من ولد الميت، وأن سفلوا ثم ولد أبويه أو أحدهما، وإن سفلوا، ثم ولد أبوي أبويه وإن سفلوا كذلك أبداً، لا يرث بنوا أب أعلى وهناك بنو أب أقرب منهم، وإن نزلت درجتهم.

ولا تفريع على هذا القول عندنا، إنما التفريع على الأول، وبيانه كما ذكر الخرقي: أن يجعل من لم تسم له فريضة على منزلة من سميت له ممن هو نحوه. فقوله: على منزلة. أي بمنزلة، أو استقر وعلا على منزلة من سميت له الفريضة، وقوله: ممن هو نحوه. «من» لبيان الجنس، أي بيان من سميت له فريضة، و «من» موصول، راجع إلى المسمى له فريضة، وهو راجع إلى من لم تسم له فريضة، والنحو الجهة أي تجعل الذي لم تسم له فريضة بمنزلة الذي سميت له فريضة، أي فريضة قال: من الذي لم تسم له جهته والضمير في جهته راجع إلى الموصول الراجع إلى من سميت له فريضة، وإيضاح ذلك فقال: فتجعل الخالة بمنزلة الأم، والعمة ـ أي مطلقاً، سواء كانت لأبوين، أو لأب أو لأم ـ بمنزلة الأب.

٢٢٨٧ ـ وقد روي هذا عن عمر، وعلي، وعبد الله في العمة، ونحوه عنهم في

الخال، وهذا إحدى الروايات عن أحمد رحمه الله، واختيار القاضي في التعليق، وأبي محمد وغيرهما.

٢٢٨٨ ـ لما روى الزهري أن رسول الله ﷺ قال: «العمة بمنزلة الأب، إذا لم يكن بينهما أب، والخالة بمنزلة الأم، إذا لم تكن بينهما أم» ولأن الأب أقوى جهات العمة، فوجب تنزيلها منزلته، كبنت الأخ، وبنت العم تنزلان منزلة أبويهما، لا أخويهما (وعن أحمد) رواية أخرى أن العمة بمنزلة العم، لأنه أخوها، فنزلت منزلته.

٢٢٨٩ ـ وهو إحدى الروايتين عن علي، واختيار أبي بكر عبد العزيز، قال القاضي في تعليقه ـ بعد أن حكى الرواية مطلقة ـ: وينبغي أن تكون بمنزلة العم من الأبوين، لأنا لو نزلناها منزلة العم من الأب سقطت مع بنت العم من الأبوين، ولو نزلت منزلة العم من الأم نزلت بغير وارث، وتبعه على ذلك أبو الخطاب، وأبو البركات وغيرهما، (وعنه) رواية ثالثة أن العمة لأبوين أو لأب كالجد، لأنه أبوهما، والفرع يتبع أصله، قال أبو البركات: فعلى هذه العمة لأم، والعم لأم كالجدة أمهما.

واعلم أن الرواية ـ والله أعلم ـ إنما وردت في العمة، كما ذكر الخرقي، كذا حكاها القاضي وغيره، وكذلك خص أبو محمد الخلاف بها في الكافي، وقطع في العم للأم أنه كالأب، وكذلك الشيرازي، لكنه قطع في العم للأم أنه كالعم، وحكى أبو البركات الخلاف فيهما. انتهى.

وتنزل بنت الأخ بمنزلة أبيها وهو الأخ، وعلى هذا كل من كان من ذوي الأرحام، ينزل منزلة من يدلي به، وهو معنى قول الخرقي: وكل ذي رحم لم تسم له فريضة، فهو على هذا النحو. أي المثل، مثال ذلك بنت بنت، وبنت بنت ابن، بنت البنت بمنزلة البنت، وبنت بنت الابن بمنزلة بنت الابن، فيكون المال بينهما على أربعة بالفرض والرد، كأصلهما، فلو كان معهما بنت أخ كانت بمنزلة أبيها، فالباقي لها، والمسألة من ستة، فلو كان معهم خالة فهي بمنزلة الأم، فيكون لها السدس، ولبنت البنت النصف، ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين، والباقي ـ وهو السدس ـ لبنت الأخ، فإن كان مكان الخالة عمة فمن نزلها منزلة الأب أسقط بها بنت الأخ، كما يسقط الأخ بالأب، ومن نزلها منزلة العم أسقطها، كما يسقط العم بالأب، ومن نزلها جداً، قاسم الباقي بينها وبين بنت الأخ، كما يقاسم بين الأخ في هذه المسألة.

قال: وإذا كان وارث غير الزوج الزوجة ممن قد سميت له فريضة، أو مولى نعمة، فهو أحق بالمال من ذوي الأرحام.

ش: لما ذكر الخرقي رحمه الله أن ذوي الأرحام يرثون، أراد أن يبين شرط توريثهم فقال: شرط توريثهم أن لا يكون معهم وارث سميت له فريضة، أو مولى نعمة وأراد أن يبين بهذا أن الرد والولاء يقدمان بالميراث على الرحم، ولا نزاع عندنا ـ فيما

أعلم ـ أن الرد يقدم على ذي الرحم، لقوله عليه السلام: «الخال وارث من لا وارث له» وهذا له وارث.

٢٢٩٠ ـ قال ابن مسعود: ذو السهم أولى ممن لا سهم له. ولأن الرحم التي في ذي الفرض أولى من الرحم التي لا فرض لها، أما الولاء فالمعمول عليه عندنا أيضاً أنه يقدم على الرحم للحديث.

٢٢٩١ ـ وقوله عليه السلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب»(١) (وعنه): تقدم الرحم عليه، لانتفاء الرحم فيه.

واستثنى الخرقي من أصحاب الفرائض الزوج والزوجة، فإن ذوي الأرحام يرثون معهما، لما تقدم من أنه لاحظ للزوجين في الرد، ولا نزاع أن الزوجين يأخذان فرضهما من غير حجب ولا عول، ثم يقسم الباقي بين ذوي الأرحام كما لو انفردوا، نص عليه، وعليه جمهور الأصحاب، وقيل: يقسم بينهم كما يقسم بين من أدلوا به، وهو الذي جزم به القاضي في التعليق، فعلى هذا لو خلف زوجاً، وبنت بنت، وبنت أخ، للزوج النصف، والباقي بينهما نصفين على المنصوص، وتصح من أربعة، وعلى الثاني: الباقي بينهما بعد النصف على ثلاثة أسهم. كما يقسم بين من أدلوا به، إذ الزوج يرث مع البنت الربع، ويبقى الباقي بينهما ـ وهو النصف والربع ـ على ثلاثة، فلما أخذ الزوج هنا النصف، كان الباقي بينهما على ثلاثة، وتصح من ستة، للزوج ثلاثة، ولبنت البنت سهمان، ولبنت الأخ سهم، ولو كان مكان الزوج زوجة، فعلى الأول تصح من ثمانية، للزوجة الربع اثنان، ولكل واحد منهما ثلاثة، وعلى الثاني تصح من ثمانية وعشرين، للزوجة الربع سبعة، والباقي بينهما على سبعة، لبنت البنت أربعة أسباع باثني عشر، ولبنت الأخ ثلاثة أسباع بتسعة. والله أعلم.

قال: ويورث الذكور والإناث من ذوي الأرحام بالسوية، إذا كان أبوهم واحداً، وأمهم واحدة، إلا الخال والخالة، فإن للخال الثلثين، وللخالة الثلث.

ش: ضابط هذا إذا أدلى جماعة بوارث واحد واستوت منازلهم منه، وهو الذي احترز عنه الخرقي بقوله: إذا كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة، فنصيبه بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم، على المشهور من الروايات، والمختار لجمهور الأصحاب، قال أبو الخطاب: عليها عامة شيوخنا. لأنهم يرثون بالرحم المجردة، فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الأم (والرواية الثانية) للذكر مثل حظ الأنثيين، إلاولد ولد الأم، لأنهم فرع على ذوي الفروض والعصبات، فثبت فيهم حكمهم، وخرج ولد ولد الأم، لأنهم فرع على من ذكره وأنثاه سواء، فغايته أن يثبت للفرع ما للأصل، (والرواية الثالثة) يسوى بينهم إلا الخال والخالة، وهو اختيار الخرقي، والشيرازي، وابن عقيل في التذكرة، وقال:

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٢٩٢.

استحساناً. يعني أن مقتضى الدليل التسوية، خرج منه الخال والخالة على سبيل الاستحسان، ولم يذكر دليله، لكن إن كان لهذا أصل فيعكر على تنزيل الخال بمنزلة الأم.

٢٢٩٢ ـ وذكر بعضهم أنه روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الخال والد إذا لم يكن دونه أم، والخالة أم إن لم يكن دونها أم» وقد أشار أبو محمد إلى ضعف هذا القول، وقال: لا أعلم له وجهاً. قال القاضي: لم أجد هذا بعينه عن أحمد. ومثال المسألة ابن أخت مع أخته، أو ابن بنت مع أخته، المال بينهما نصفين على الأول، وأثلاثاً على الثاني.

واحترز بقوله: إذا كان أبوهم واحداً، وأمهم واحدة. عما لو اختلف أبوهم وأمهم، كابن بنت، وبنت بنت أخرى، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى، واحترزنا بقولنا: ولم يتفاضلوا بالسبق. عما لو خلف بنت بنت، وبنت بنت بنت، فإن المال لبنت البنت، ولهذه المسألة مزيد تحقيق، ليس هذا موضعه، والله أعلم.

قال: وإذا كان ابن أخت، وبنت أخت أخرى، أعطي ابن الأخت حق أمه النصف، وبنت الأخت حق أمها النصف.

ش: هذا الذي احترز عنه الخرقي فيما تقدم بقوله: إذا كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة. وهذا هو القاعدة، وهو أن الجماعة إذا أدلوا بجماعة، جعلت كل واحد منهم بمنزلة أقرب وارث إليه أدلى به، في إرثه، وحجبه، والحجب به، ففي مسألتنا ابن الأخت يدلي بأمه، وبنت الأخت الأخرى تدلي بأمها، فيكون المال بينهما نصفين كأميهما بغير خلاف..

قال: وإذا كان ابن وبنت أخت، وبنت أخت أخرى، فللابن وابنة الأخت النصف بينهما نصفين، ولبنت الأخت الأخرى النصف.

ش: هذا أيضاً مما تقدم، فللابن وأخته النصف، حق أمهما، بينهما نصفين، على مختاره ومختار الجمهور، وعلى الوراية الأخرى: يكون بينهما على ثلاثة، ولبنت الأخت الأخرى النصف حق أمها وتصح المسألة من أربعة على رأي الجمهور، وعلى الرواية الأخرى من ستة والله أعلم.

قال: وإذا كن ثلاث بنات أخوات متفرقات، كان لبنت الأخت من الأب والأم ثلاثة أخماس المال، ولبنت الأخت من الأم الخمس، ولبنت الأخت من الأب الخمس، جعلن مكان أمهاتهن.

ش: هذا أيضاً مما تقدم، وقد صرح الخرقي رحمه الله بأنهن جعلن مكان أمهاتهن، فبنت الأخت من الأبوين مكان أمها فلها النصف، وبنت الأخت من الأب مكان أمها، لها السدس تكملة الثلثين، وبنت الأخت من الأم مكان أمها، لها السدس،

فأصل المسألة من ستة، وترجع بالرد إلى خمسة فيقسم المال بينهم على ذلك، والله أعلم.

قال: وكذلك إن كن ثلاث عمات متفرقات.

ش: هذا مبني على قاعدة، وهو أن الجماعة إذا أدلوا بواحد، واختلفت منازلهم منه، فإن نصيبه يقسم بينهم، على حسب ميراثهم منه لو ورثوه، ففي مسألتنا العمات يدلين بالأب على المذهب، ومنازلهم منه مختلفة، فإحداهن أخته لأبويه، والأخرى لأبيه، والأخرى لأمه، فتقسم نصيبه بينهن على حسب ميراثهن منه، وميراثهن منه لأخته لأبيه وأمه النصف، ولأخته لأبيه السدس تكملة الثلثين، ولأخته لأمه السدس، فتقسم نصيبه بينهن على خمسة، ونصيبه والحال هذه جميع المال، إذ لا وارث له معنا غيرهن، والله أعلم.

قال: فإن كن ثلاث بنات إخوة متفرقين، فلبنت الأخ من الأم السدس، وما بقي فلبنت الأخ من الأب والأم.

ش: هذا أيضاً مبني على ما تقدم قبل، ولو ذكره رحمه الله قبل مسألة العمات لكان أولى، إذ بنات الإِخوة ينزلن منزلة الإِخوة، ولو مات رجل وخلف ثلاثة إخوة متفرقين، سقط الأخ من الأب بالأخ من الأبوين، وكان للأخ من الأم السدس، والباقي للأخ من الأبوين، فكذلك هنا، لبنت الأخ من الأم السدس، والباقي لبنت الأخ من الأبوين، والله أعلم.

قال: وإذا كن ثلاث بنات عمومة متفرقين، فالمال لبنت العم من الأب والأم، لأنهن أقمن مقام آبائهن.

ش: هذ أيضاً مبني على ما تقدم، وقد نص أحمد رحمه الله على ذلك، وقد علله الخرقي رحمه الله، بأنهن أقمن مقام آبائهن، فبنت العم من الأبوين بمنزلة أبيها، وبنت العم من الأب بمنزلة أبيها، وبنت العم من الأم بمنزلة أبيها، ولو مات شخص وخلف ثلاثة أعمام، متفرقين، كان الميراث للعم للأبوين، إذ لا ميراث للعم لأب مع العم للأبويه، والعم للأم من ذوي الأرحام.

واعلم أن المنصوص وكلام الخرقي في هذه المسألة يلتفت إلى أن العمومة ليست جهة، وبيانه أنا إذا لم نجعلها جهة فالعمومة من جهة الأبوة، والقاعدة أن الوارث من ذوي الأرحام إذا اجتمعوا من جهة واحدة، فمن سبق إلى الوارث ورث وأسقط غيره، وبنت العم للأبوين، وبنت العم للأب قد سبقتا بنت العم للأم إلى الوراث، فتسقط بهما، ثم بنت العم للأب تسقط ببنت العم للأبوين، وأثبت أبو الخطاب العمومة جهة، فلزم على قوله أن المال يكون لبنت العم من الأم إذا نزلناها أباً، على المشهور، وبيانه أن ذوي الأرحام إذا اجتمعوا من جهتين، فإنك تنزل البعيد

حتى يلحق بمن جعل بمنزلته، وإن سقط به القريب، ففي صورتنا إذا جعلنا العمومة جهة، فبنت العم من الأبوين بمنزلة أبيها، وكذلك بنت العم للأب، وجهتهما واحدة، وبنت العم للأم بمنزلة الأب، فكأن الميت مات وخلف أباه وعمه، ولا عبرة بالسبق إلى الوارث لاختلاف الجهة، وإذا خلف الميت أباه وعمه، كان المال للأب دون العم، فلزم أن المال لبنت العم من الأم، لتنزيلها أباً، دون بنت الأبوين، لتنزيلها عماً، وقد بعد هذا القول، والله أعلم.

قال: فإن كن ثلاث خالات متفرقات، وثلاث عمات متفرقات، فالثلث بين الثلاث خالات على خمسة أسهم، والثلثان بين العمات على خمسة أسهم، فتصح من خمسة عشر سهماً، للخالة التي من قبل الأب والأم ثلاثة أسهم، وللخالة التي من قبل الأب سهم، وللخالة التي من قبل الأم سهم، وللعمة التي من قبل الأب والأم ستة أسهم، وللعمة التي من قبل الأب سهمان، وللعمة التي من قبل الأم سهمان.

ش: إنما كان كذلك لأن الخالات بمنزلة الأم، والعمات بمنزلة الأب، ولو خلف الشخص أباه وأمه، كان لأمه الثلث، والباقي لأبيه، ثم القاعدة أن الجماعة إذا أدلوا بواحد، فنصيبه بينهم على حسب ميراثهم منه، والخالات يدلين بالأم، فنصيبها بينهن على حسب ميراثهن منها، وميراثهن منها أن لأختها لأبويها النصف، ولأختها لأبيها السدس تكملة الثلثين، ولأختها لأمها السدس، أصل مسألتهن من ستة، وترجع بالرد إلى خمسة، فتقسم الثلث بينهم على خمسة، والقول في العمات كالقول في الخالات سواء، وإذا أردت تصحح المسألة قلت: أصل المسألة من ثلاثة، للأم الثلث واحد على خمسة، لا يصح ولا يوافق، وللأب الثلثان اثنان على خمسة، لا يصح أيضاً ولا يوافق، والأعداد متماثلة، إذ هي خمسة وخمسة، فتجتزىء بأحد العددين، وتضربه في أصل المسألة يصير المجموع خمسة عشر، للخالات الثلاث خمسة أسهم، بينهن على خمسة، للتي من قبل الأبوين ثلاثة، وللتي من قبل الأب سهم، وللتي من قبل الأم سهم، وللعمات الثلثان، عشرة أسهم على خمسة، للتي من قبل الأبوين ستة، وللتي من قبل الأب سهمان، وللتي من قبل الأم سهمان، والله أعلم.

باب مسائل شتى في الفرائض

ش: يعني متفرقة، لأنه جمع في هذا الباب مسائل مختلفة، قال الله تعالى: ﴿تَحْسَبُهُمْ جَمِيعًا وَقُلُوبُهُمْ شَتَّىٰ﴾ [الحشر: ١٤] أي مفترقين وقال تعالى: ﴿إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّىٰ ﴿٤﴾﴾ [الليل: ٤] أي مختلفاً.

قال: والخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى.

الخنثى: الذي له ذكر وفرج امرأة، ثم إن لم يتبين هل هو رجل أو امرأة، وأشكل علينا فهو مشكل، يرث نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى، إعمالاً

لحالتيه، وحذاراً من ترجيح إحداهما بلا مرجح، وصار هذا كما لو ادعى نفسان داراً بأيديهما، ولا بينة لهما، فإنها تقسم بينهما، كذلك هنا.

٢٢٩٣ ـ وأيضاً فإن هذا قول ابن عباس، ولا يعرف له مخالف في الصحابة، وطريق العمل في ذلك أن تعمل المسألة على أنه ذكر، ثم على أنه أنثى، ثم تضرب إحداهما في الأخرى إن تباينتا، أو وفقها إن توافقتا، وتجتزىء بإحداهما إن تماثلتا، ثم كل من له شيء من إحدى المسألتين مضروب في الأخرى أو في وفقها، أو يجمع ما له منهما إن تماثلتا، فتقول في رجل خلف ابنا، وبنتا، وولداً خنثى، مسألة الذكورية من خمسة، ومسألة الأنوثية من أربعة، وهما متباينتان، فتضرب إحداهما في الأخرى، تبلغ عشرين، ثم تضربها في اثنين، تبلغ أربعين، ثم تقول: الابن له من مسألة الذكورية سهمان، وتضرب في مسألة الأنوثية أربعة بثمانية، وله من مسألة الأنوثية سهمان، تضرب في مسألة الذكورية خمسة بعشرة، مجموع ذلك ثمانية عشر، وللأنثى من مسألة الذكورية سهم، يضرب في أربعة بأربعة، ومن مسألة الأنوثية سهم، في خمسة بخمسة، المجموع تسعة، وللخنثى من مسألة الذكورية سهمان في أربعة بثمانية، ومن مسألة الأنوثية سهم، في خمسة بخمسة، المجموع ثلاثة عشر سهماً، والله أعلم.

قال: فإن بال فسبق البول من حيث يبول الرجل فليس بمشكل، وحكمه في الميراث وغيره حكم رجل، وإن كان من حيث تبول المرأة فله حكم المرأة.

ش: قد تقدم أن الخنثى الذي له ذكر رجل وفرج امرأة، فيعتبر بمباله، فإن بال من ذكره فهو رجل، حكمه حكم الرجال في جميع الأحكام، وإن بال من فرجه فهو امرأة، حكمه حكم النساء في جميع الأحكام، وقد حكى ابن المنذر هذا إجماعاً.

٢٢٩٤ ـ وروي عن علي ومعاوية.

٢٢٩٥ ـ وروي أيضاً عن النبي ﷺ، وإن بال من ذكره وفرجه اعتبر أسبقهما، فإن سبق البول من ذكره فهو رجل، وإن سبق من فرجه فهو امرأة، وهذه الصورة التي ذكرها الخرقي، وهي تدل على الأولى بطريق التنبيه، لأن السبق له مزية، فتترجح إحدى العلامتين به، وقول الخرقي: وإن كان من حيث. أي وإن كان السبق، وإن خرج منهما معاً اعتبرنا أكثرهما، فجعلنا الحكم له، إذ الكثرة لها مزية، وإن استويا وقف أمره حتى يبلغ، فإن ظهرت فيه علامات الرجال ـ من نبات لحيته، وخروج المني من ذكره ـ فهو رجل، وإن ظهرت فيه علامات النساء ـ من الحيض والحمل ونحوه ـ فهو امرأة، فإن لم يظهر شيء. من ذلك فهو المشكل، حكمه ما تقدم، والله أعلم.

قال: وابن الملاعنة ترثه أمه وعصبتها، فإن خلف أما وخالا، فلأمه الثلث وما بقي فللخال.

ش: إذا رمى رجل امرأته بالزنا، وانتفى من ولدها، ولاعنها، فإن الولد ينتفي

عنه بشرطه، فلا يرثه هو ولا أحد من عصباته، وترث أمه وذووا الفرض منه فروضهم، بلا نزاع، ثم اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله بعد ذلك، فروى عنه أبو الحارث ومهنا أنها هي عصبته، فإن لم تكن فعصبتها عصبته.

٢٢٩٦ ـ لما روى واثلة بن الأسقع أن رسول الله ﷺ قال: «تحوز المرأة ثلاثة مواريث، عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت عليه»[١] رواه أبو داود، والترمذي.

٢٢٩٧ ـ وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه، ثم لورثتها من بعدها. رواه أبو داود[٢]. (وروى عنه الأثرم وحنبل) أن عصبتها عصبته، وهو اختيار الخرقي، والقاضي، وغيرهما، لعموم قوله عليه السلام: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر» متفق عليه، وعصبة الأم هم أولى رجل ذكر.

٢٢٩٨ ـ وعن عمر رضي الله عنه أنه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه.

٢٢٩٩ ـ ولا شك أن الصحابة عنهم قولان، فلذلك عن أحمد روايتان، (وعنه رواية ثالثة) حكاها القاضي: إن كان له ذو فرض رد عليهم، وإن لم يكن ذو فرض بحال فعصبته عصبة أمه، والذي حكاه أبو محمد عن القاضي أنه فسر الرواية بهذا، ويتفرع على الخلاف إذا خلف أمه وخاله، فلأمه الثلث، وما بقي للخال على الرواية الثانية، وعلى الأولى والثالثة الكل للأم، لكن على الأولى تأخذ الباقي بعد فرضها بالتعصيب، وعلى الثالثة تأخذه بالرد، ولو خلف أخته وابن أخيه، فلأخته النصف، والباقي لابن أخيه على الرواية الأولى والثانية، وعلى الثالثة الباقي للأخت بالرد.

(تنبيه) حكم ولد الزنا حكم الولد المنفي باللعان على ما تقدم، وقولنا: إن الأم عصبة الملاعن، أو إن عصبتها عصبته. هذا في الميراث خاصة، فلا يتعدى إلى غيره من ولاية النكاح، والعقل، وغير ذلك، والله أعلم.

قال: والعبد لا يرث، ولا له مال فيورث عنه.

ش: العبد لا يورث بالإجماع، إذ لا مال له فيورث عنه، لأنه لا يملك، وإن قلنا يملك، فملكه ملك ناقص، يزول إلى سيده بزوال ملكه إلى رقبته.

٢٣٠٠ ـ بدليل قوله عليه السلام: «من باع عبداً وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترطه المبتاع»[٣] وكما أنه لا يورث لا يرث ـ كالمرتد، بجامع النقص الذي فيه، وحكم المدبر، والمعلق عتقه بصفة، وأم الولد حكم القن، أما المكاتب فحيث حكم بحريته بأداء الجميع، أو بأداء الثلاثة الأرباع، أو بملك الوفاء، فحكمه حكم الأحرار،

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٢١٦.
(٢) سنن أبي داود حديث ٢٩٠٧.
(٣) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٩٣٥.

وإلا فحكمه حكم الأرقاء، والله أعلم.

قال: ومن كان بعضه حراً، يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية.

ش: المعتق بعضه يرث ويحجب بقدر ما فيه من الحرية، ويورث عنه ما كسب بجزئه الحر.

٢٣٠١ ـ والأصل في ذلك ما روى عكرمة، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ قال: «إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً، ورث بحسب ما عتق منه، وأقيم عليه الحد بحسب ما عتق منه» رواه الدارقطني[١]، وأبو داود[٢] ولفظه «إذا أصاب المكاتب حداً، أو ورث ميراثاً، يرث على قدر ما عتق منه» ورواه النسائي[٣] عن ابن عباس رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ قال: «المكاتب يعتق بقدر ما عتق منه» ورواه الترمذي وحسنه، قال أبو العباس: وهو إسناد جيد، يجب العمل به. وهذا الحديث دل على شيئين (أحدهما) أن المكاتب يعتق منه بقدر ما أدى (والثاني) أن المعتق بعضه يحد، ويودي، ويرث بقدر ما عتق منه.

٢٣٠٢ ـ (فالحكم الأول) عارضه حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ أنه قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم»[٤] فصار الجمهور من العلماء إليه، وكأنهم رأوا أنه ناسخ لما تقدم، أما (الحكم الثاني) فلم يعارضه معارض فوجب العمل به، ولا يلزم من نسخ عتقه بأداء البعض، نسخ حكم آخر في المعتق بعضه، لأن هذا حكم مستقل، يكون في المكاتب وفي غيره، واتفق أنه إذا ذاك كان في المكاتب، وأكثر ما في هذا ارتفاع بعض أنواع المعتق بعضه، لا ارتفاع حكم المعتق بعضه.

٢٣٠٣ ـ ثم يؤيد هذا أن علياً وابن عباس فيما أظن أفتيا بهذا، وهما راويا الحديث، فدل على تقرر ذلك عندهما، وأنهما فهما منه ما قلناه، وأيضاً فإنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه، كما لو لكان الآخر مثله، وإلا لا ترجيح لأحد البعضين على الآخر.

إذا تقرر هذا فقال: إنه يرث، ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية. ومثال ذلك إذا قلنا مات شخص وخلف أماً، وبنتاً نصفهما حر، وأباً، فإنك تقول: للبنت بنصف حريتها نصف ميراثها، وهو الربع، وللأم مع حريتها ورق البنت الثلث، فقد حجبتها بحريتها عن السدس، فبنصف حريتها تحجبها عن نصف السدس، يبقى لها

(١) سنن الدارقطني ٤/ ١٢١.
(٢) سنن أبي داود حديث ٤٥٨٢.
(٣) المجتبى ٨/ ٤٦.
(٤) أخرجه أبو داود حديث ٣٩٢٦، وأحمد ٢/ ١٧٨.

الربع، لو كانت حرة فلها بنصف حريتها نصفه وهو الثمن، والباقي للأب، وتصح المسألة من ثمانية، للبنت الربع سهمان، وللأم الثمن سهم، والباقي للأب، ولو كانت بنت نصفها حر، وأم، وعم، فللبنت بنصف حريتها نصف النصف وهو الربع، وبنصف حريتها حجبت الأم عن نصف السدس، فبقي للأم الربع، والباقي للعم، وتصح من أربعة، وعلى هذا.

(تنبيه) قال بعض أصحابنا: إن ما يرثه المعتق بعضه مثل كسبه، إن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة كان بينهما، وإن كانت مهايأة فهل هو لمن الموت في نوبته، أو بينهما؟ على وجهي الأكساب النادرة، قال أبو العباس: والصواب الذي عليه جمهور الأصحاب أن ميراثه له، لا حق للسيد فيه مطلقاً، والله أعلم.

قال: وإذا خلف ابنين، فأقر أحدهما بأخ، فللمقر له ثلث ما في يد المقر، وإن كان أقر بأخت فلها خمس ما في يده.

ش: إذا أقر بعض الورثة بوارث للميت، لزمه من إرثه بقدر حصته، لإقراره له به، فإذا خلف ابنين فأقر أحدهما بأخ، فله ثلث ما في يده، لأنهم إذا كانوا ثلاثة كان المال بينهم أثلاثاً، فالمقر في يده النصف، والذي يستحقه بمقتضى إقراره الثلث، فالفاضل عنه السدس، وهو ثلث ما في يده، يدفعه إلى المقر له، كما تضمنه إقراره، وإن أقر بأخت فلها خمس ما في يده، لأنه والحال هذه المال بينهم أخماساً، وفي يد المقر النصف خمسان ونصف، والذي يستحقه الخمسان، فالفاضل عنهما نصف خمس جميع المال، وهو خمس النصف الذي في يده، فيدفعه لها، ونبه الخرقي رحمه الله بذكر هذه المسألة على مذهبي أبي حنيفة والشافعي رحمهما الله ومن وافقهما، فإن أبا حنيفة يقول: يدفع الابن المقر إلى الابن المقر به نصف ما في يده، لأنه يقر أنهما سواء، والشافعي يقول: لا يدفع إليه شيء، إذ شرط الإرث ثبوت النسب ولم يوجد.

قال: والقاتل لا يرث المقتول، عمداً كان القتل أو خطأ.

ش: القاتل لا يرث المقتول في الجملة.

٢٣٠٤ ـ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ قال: «لا يرث القاتل شيئاً»[١].

٢٣٠٥ ـ وعن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «القاتل لا يرث» رواه الترمذي[٢].

٢٣٠٦ ـ وعن عمر رضي الله عنه: سمعت النبي ﷺ يقول: «ليس للقاتل

(١) أخرجه أبو داود حديث ٤٥٦٤.
(٢) الجامع الصحيح ٢٢٠٣.

ميراث»[1] رواه مالك في الموطأ، وأحمد، وابن ماجه.

٢٣٠٧ ـ وقد عمل عمر رضي الله عنه على ذلك، فأعطى دية ابن قتادة المدلجي لأخيه دون أبيه، وقد كان حذفه بسيف فقتله، ومثل هذا يشتهر، ولم ينكر فكان إجماعاً، ولأن التوريث يفضي إلى تكثير القتل المطلوب عدمه، لأنه ربما استعجل قتل مورثه ليرثه.

إذا تقرر هذا فكلام الخرقي رحمه الله عام في كل قتل، سواء تعلق به مأثم، كقتل العامد، والباغي العادل، أو لم يتعلق به، كقتل الخطأ ونحو ذلك، وسواء كان القتل مضموناً بقصاص، أو دية، أو كفارة، أو لم يكن، كالقتل قصاصاً، أو حداً، أو دفعاً، وقتل العادل الباغي والباغي العادل، إن لم يضمن الباغي، وهو الصحيح، والمتفق عليه عندنا في ذلك، القتل المضمون، وإن كان خطأ لا إثم فيه، سداً للذريعة، وطلباً للتحرز عنه، أما غير المضمون كما تقدم فيه ثلاث روايات (إحداها) لا إرث مطلقاً، وهو مقتضى عموم كلام الخرقي، وعموم الأحاديث، وهو أمشى على سد الذريعة (والثانية) لا يمنع مطلقاً، صححه أبو الخطاب في الهداية، لأن مضمونيته تدل على المؤاخذة به، وذلك يناسب عدم الإرث عقوبة له، وعدم مضمونيته تدل على نفي الحرج عنه، وذلك يناسب الإرث، (والثالثة) لا يرث الباغي العادل، ويرث من عداه ممن لم يضمن قتله، جزم به القاضي في الجامع الصغير، والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما، وأبو محمد في المغني، في قتال أهل البغي، لأن الباغي آثم ظالم، فناسب أن لا يرث، مع دخوله في عموم النص والمعنى، والعادل، والقاتل قصاصاً أو حداً، ونحوهم، مأذون لهم في الفعل، مثابون عليه، وذلك لا يناسب نفي الإرث، بل الإرث طلباً لإقامة الحدود ونحوها، المطلوب إقامتها شرعاً، فمنع الإرث ثم سد لوقوع القتل المطلوب عدمه، ومنع الإرث هنا مفض إلى سد المطلوب وقوعه شرعاً، فهو عكسه، والله أعلم.

قال: ولا يرث مسلم كافراً، ولا كافر مسلماً، إلا أن يكون معتقاً فيأخذ ماله بالولاء.

ش: لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم.

٢٣٠٨ ـ لما في الصحيحين وغيرهما عن أسامة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»[2].

٢٣٠٩ ـ وفي الصحيحين أيضاً عن أسامة، أنه قال: يا رسول الله أين تنزل غداً

(١) أخرجه أحمد ١/٤٩.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٤٢٨٣، ومسلم ١١/٥١.

في دارك بمكة؟ فقال: «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور؟»[١] وكان عقيل ورث أبا طالب، ولم يرثه جعفر، ولا عليّ شيئاً، لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل وطالب كافرين.

٢٣١٠ ـ وكان عمر يقول: لا يرث المؤمن الكافر.

٢٣١١ ـ وعن محمد بن الأشعث، أن عمة له يهودية أو نصرانية توفيت، فذكر محمد ذلك لعمر بن الخطاب، وقال: من يرثها؟ فقال له عمر: يرثها أهل دينها. ثم أتى عثمان بن عفان فسأله عن ذلك، فقال له عثمان: أتراني نسيت ما قال لك عمر بن الخطاب؟ يرثها أهل دينها. رواه مالك في الموطأ[٢]، مع أن هذا قد حكي إجماعاً، أما في إرث الكافر من المسلم فبلا نزاع، وأما في المسلم من الكافر فقال أحمد: ليس فيه بين الناس اختلاف. وحكي فيه خلاف ضعيف.

واستثنى الخرقي رحمه الله ما إذا أعتق المسلم كافراً، أو الكافر مسلماً، فإنه يرثه بالولاء وهو إحدى الروايتين عن أحمد.

٢٣١٢ ـ واحتج بأن علياً قال: الولاء شعبة من الرق[٣]. انتهى ـ فكما أن الرق يثبت مع اختلاف الدين، كذلك الولاء يثبت مع اختلاف الدين، وفي هذا الاستدلال نظر، فإنه لا نزاع في ثبوت الولاء، إنما النزاع في ثبوت الإِرث به، ولعل أحمد رحمه الله فهم أن المراد بقول عليّ الإرث.

٢٣١٣ ـ وكذا حكي عن علي الإرث.

٢٣١٤ ـ وقد استدل لذلك بما روي عن جابر، أن النبي ﷺ قال: «لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته» رواه الدارقطني[٤]، وروي موقوفاً عن جابر، ويكون المراد بالعبد من كان عبده مجازاً، وإلا فالعبد لا يورث بالإِجماع، (وبالجملة) هذه الرواية اختيار عامة الأصحاب، حتى أن القاضي في الجامع الصغير، والشريف في خلافه، والشيرازي، وابن عقيل في التذكرة، وابن البنا في الخصال، لم يذكروا غيرها، وقال أبو الخطاب في هدايته: إنها الأظهر. (والرواية الثانية) لا يتوارثان، لما تقدم من قوله عليه السلام: «لا يرث الكافر المسلم» وغير ذلك.

٢٣١٥ ـ ولأنه عليه السلام شبه الولاء بالنسب، بقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[٥] وإذا لم يثبت الإرث مع اختلاف الدين في النسب، ففي الولاء أجدر، وهذه

---

(١) أخرجه البخاري حديث ١٥٨٨، ومسلم ٩/ ١٢٠.
(٢) الموطأ ٢/ ٥٩.
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/ ٣٠٢.
(٤) سنن الدارقطني ٤/ ٧٤.
(٥) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٢٩٠.

الرواية اختيار أبي محمد، وعليها إن كان للمعتق عصبة على دين المعتق ورثوه، لأن وجود المعتق في نظر الشارع والحال هذه كالعدم، وإن أسلم الكافر من المعتق، أو المعتق ورث المعتق، رواية واحدة لزوال المانع. انتهى.

ومفهوم كلام الخرقي أن المسلم يرث المسلم، وهو واضح، وأن الكافر يرث الكافر، ولا نزاع في ذلك إذا اتفق الدين والدار، وهو مقتضى ما تقدم من الحديث، وقصة عقيل وطالب، وقصة عمر رضي الله عنه

٢٣١٦ ـ وعن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: «لا يتوارث أهل ملتين شتى»[١] رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه وللترمذي مثله من حديث جابر، ولم يقل: شتي، ومفهومه أن أهل الملة الواحدة يتوارثون، أما إن اختلفت مللهم فهل يتوارثون؟ فيه روايتان (إحداهما) يتوارثون اختارها الخلال، وهي مقتضى كلام الخرقي، لأن الله تعالى ذكر ميراث الآباء من الأبناء، والأبناء من الآباء، وغيرهم من الأقارب ذكراً عاماً، فلا يترك ذلك إلا فيما تيقن خروجه والذي تيقن خروجه بالنص أن الكافر لا يرث المسلم، والمسلم لا يرث الكافر، إذ قوله عليه السلام: «لا يتوارث أهل ملتين» يحتمل أن يحمل على ذلك، إذ هو المتيقن، ويعضد هذا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣] (والثانية) لا يتوارثون، اختارها أبو بكر، والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما، لظاهر قوله عليه السلام: «لا يتوارث أهل ملتين» ومثله يصلح للتخصيص، وأما إن اختلفت الدار واتفق الدين، كالذمي مع الحربي وعكسه، فالمنصوص ـ وهو اختيار أبي محمد ـ التوارث، عملاً بظاهر الحديث، ومنع القاضي وكثير من الأصحاب التوارث، لانتفاء الموالاة بينهما، وعكس ذلك لو اتفقت الدار واختلف الدين، كحربيين اختلف دينهما، فإن القاضي قال: يتوارثان. وخالفه أبو محمد، وهو أوفق للمنصوص، والله أعلم.

(تنبيه) قال القاضي وعامة الأصحاب: إن الكفر ثلاث ملل، اليهودية، والنصرانية، ومن عداهم، لأن من عداهم يشملهم أنه لا كتاب لهم. قال أبو محمد: ويحتمل كلام أحمد أن يكون الكفر مللاً كثيرة، فيكون المجوس ملة، وعبدة الأوثان ملة، وعباد الشمس ملة، قال: وهذا أصح إن شاء الله تعالى، لظاهر قوله عليه السلام: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» قال: ولم نسمع عن أحمد تصريحاً بتقسيم الملل، قلت: وظاهر نقل أبي البركات أن أحمد نص على أنهم ثلاث ملل، والله أعلم.

قال: والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يرجع قبل قسمة الميراث.

ش: المرتد لا يرث أحداً لا من المسلمين ولا من الكفار، أما من المسلمين

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٩١١، وابن ماجه حديث ٢٧٣١، وأحمد ٢/ ١٧٨.

فلما تقدم من قوله عليه السلام: «لا يرث المسلم الكافر» الحديث، وأما من الكفار فلأنه لم يثبت له حكم ملتهم، بدليل أنه لا يقر على كفره، ولا تحل ذبيحته، ولا نكاحه، إن كان امرأة، فإن مات له موروث فرجع قبل أن يقسم الميراث، وكان ممن يقبل رجوعه، فحكمه حكم الكافر الأصلي إذا أسلم قبل الميراث، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

قال: وكذلك من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له.

ش: هذا أشهر الروايتين عن أحمد، واختيار الشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما.

٢٣١٧ ـ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم، وكل قسم أدركه قسم الإسلام فإنه على قسم الإسلام»(١) رواه أبو داود وابن ماجه.

٢٣١٨ ـ وروى سعيد في سننه من طريقين، عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلم على شيء فهو له».

٢٣١٩ ـ ويروى أن عمر وعثمان رضي الله عنهما قضيا بذلك مختصر، رواه ابن عبد البر في التمهيد، والحكمة في ذلك ـ والله أعلم ـ الترغيب له، والحث على الإسلام، فعلى هذا إن أسلم قبل قسم البعض ورث ما بقي، فإن كان الوارث واحداً فتصرفه في التركة وحيازتها بمنزلة قسمها، ذكر ذلك أبو محمد (والرواية الثانية) لا شيء له، لظاهر قوله عليه السلام: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم» وهذا حين الموت كان كافراً، فلا يرث بمقتضى ظاهر الحديث. ولو زال مانع الرق قبل القسمة فقال التميمي: يخرج إرثه على الإسلام قبل القسمة، وليس بشيء، فإن أحمد نص على التفرقة في رواية محمد بن الحكم، فامتنع الإلحاق، ثم إن الأصل هو المنع، لقيام المانع حال الموت، خرج منه الإسلام ترغيباً فيه، فبقي ما عداه على الأصل، إذ لا أثر فيه، ولا هو في معنى ما فيه الأثر، إذ لا شيء من الطاعات يقاوم الإسلام، ثم العتق ليس من فعل العبد فلا يرغب فيه، والله أعلم.

قال: ومن قتل على ردته فماله فيء.

ش: هذا المشهور من الروايات، والمختار عند القاضي وأصحابه وعامة الأصحاب، لأنه لا يرث أقاربه المسلمون، لقوله عليه السلام: «لا يرث المسلم الكافر»، وقوله: «لا يتوارث أهل ملتين» ولا أقاربه الذين اختار دينهم، لأنه لا يرثهم، فلا يرثونه، لما تقدم من أنه لم يثبت له حكم ملتهم، وإذا امتنع إرث الفئتين منه، تعين كون ماله فيئاً، لعدم الوارث له شرعاً (والرواية الثانية) يرثه ورثته من المسلمين، جعلا

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٩١٤، وابن ماجه حديث ٢٤٨٥.

للردة بمنزلة الموت، لأنها إما أن تزيل أملاكه، وإما أت تزلزلها، وتصيره كالمريض المخوف عليه، فيتعلق حق ورثته إذاً، ولا يزول حقهم إلا بنص، ولا نص.

٢٣٢٠ ـ وقد روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: بعثني أبو بكر رضي الله عنه ـ عند رجوعه ـ إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين. قال الخلال: وهذه الرواية أشبه بقوله. (والرواية الثالثة) يكون لقرابته الذين اختار دينهم، بشرط أن لا يكونوا مرتدين، لمفهوم «لا يرث الكافر المسلم» مفهومه أن الكافرين يتوارثان، وقد رجع أحمد عن هذا القول في رواية ابن منصور وقال: كنت أقول: يرثه أهل ملته. ثم جبنت عنه، والله أعلم.

قال: وإذا غرق المتوارثان، أو كانا تحت هدم، فجهل أولهما موتاً، ورث بعضهم من بعض.

٢٣٢١ ـ ش: نص أحمد على ذلك، معتمداً على أنه قول عمر، وعلي، وشريح، وإبراهيم، والشعبي، انتهى.

٢٣٢٢ ـ قال الشعبي: وقع الطاعون بالشام عام عمواس، فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم، فكتب في ذلك إلى عمر، فكتب عمر: أن ورثوا بعضهم من بعض. ومعنى توريث بعضهم من بعض، أن يقدر أحدهما مات أولاً، ويورث الآخر من تركته، ثم يقسم إرثه منها على ورثته الأحياء، ثم تصنع بالآخر وتركته كذلك، فعلى هذا لو غرق أخوان أحداهما مولى زيد، والآخر مولى عمرو، صار مال كل واحد منهما لمولى الآخر، ولو غرق أخ وأخت، وخلفا أماً، وعماً، وزوجاً، فيقدر الأخ مات أولاً، وقد خلف زوجته وأمه وأخته، وعمه، فللزوجة الربع وللأم الثلث، وللأخت النصف، ولا شيء للعم، أصل مسألتهم من اثني عشر، وتعول إلى ثلاثة عشر، للزوجة ثلاثة، وللأم أربعة، وللأخت ستة، مقسومة على الأحياء من ورثتها، وهم زوجها، وأمها، وعمها، مسألتهم من ستة، وسهامها ستة فتصح المسألتان من ثلاثة عشر، للزوجة ثلاثة، وللأم ستة، أربعة من ابنها واثنان من ابنتها، وللزوج ثلاثة، وللعم سهم، ثم تقدر الأخت ماتت أولاً، وقد خلفت أخاها، وزوجها، وأمها، وعمها، للزوج النصف، وللأم الثلث، والباقي للأخ وهو سهم، ولا شيء للعم، المسألة من ستة، والحاصل للأخ سهم، مقسوم على ورثته الأحياء، وهم زوجته، وأمه، وعمه، مسألتهم من اثني عشر، وسهم عليها لا يصح، ولا يوافق، فاضرب اثني عشر في ستة، تبلغ اثنين وسبعين، للزوج ثلاثة في اثني عشر، بستة وثلاثين، وللأم سهمان في اثني عشر، بأربعة وعشرين، المجموع ستون، والباقي اثنا عشر بين زوجة الأخ، والأم، والعم، للزوجة ثلاثة، وللأم أربعة، وللعم خمسة، وعلى هذا.

وخرج أبو الخطاب ومن تبعه منع توارث بعضهم من بعض، وإليه ميل أبي محمد.

٢٣٢٣ ـ لما روى سعيد في سننه عن يحيى بن سعيد، أن قتلى اليمامة، وقتلى صفين، والحرة، لم يورثوا بعضهم من بعض، وورثوا عصبتهم الأحياء. ولأن شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث، وهو غير معلوم، فامتنع التوارث للشك في شرطه، ولأن توريثهما مع الجهل خطأ يقيناً، لأنه لا يخلو إما أن يسبق أحدهما، أو يموتا معاً، وتوريث السابق بالموت، والميت معه خطأ يقيناً بالإجماع، فكيف يعمل به، فإن قيل: ففي قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت، وهو خطأ أيضاً. قلنا: هذا غير متيقن، لأنه يحتمل موتهما جميعاً.

وعلى هذا يكون مال كل واحد من المعتقين لمولاه في المسألة الأولى، وفي الثانية تكون مسألة الأخ من اثني عشر، للأم الثلث أربعة، وللزوجة الربع ثلاثة، والباقي للعم، ومسألة الأخت من ستة، للأم الثلث اثنان، وللزوج النصف ثلاثة، والباقي للعم ـ انتهى.

ولو تحقق الورثة السابق، وجهلوا عينه، فالحكم كما تقدم، قاله القاضي وأبو البركات، وقال أبو محمد: يعطى كل وارث اليقين، ويقف الباقي حتى يتبين الأمر، أو يصطلحوا عليه، ولو علموا السابق ثم أنسوه، فالحكم كما لو جهلوه أولاً، وقال القاضي في خلافه: لا يمتنع أن نقول هنا بالقرعة. ولو علم موتهما معاً فلا توارث، ولو ادعى ورثة كل ميت سبق الآخر، وتعارضت بينتاهما، أو لم تكن بينة، تحالف الورثة، لإسقاط الدعوى، ولم يتوارثا، نص عليه، وقاله الخرقي وغيره، وقال ابن أبي موسى: يعين السابق بالقرعة، وقال أبو الخطاب وغيره: يتوارثان، كما لو جهل الورثة حالهما. ومن هذه المسألة خرج أبو الخطاب منع التوارث مع الجهل. والله أعلم.

قال: ومن لم يرث لم يحجب.

ش: يعني من لم يرث لانتفاء أهليته ـ كالرقيق، والكافر، والقاتل ـ لم يحجب، لأنه معدوم شرعاً، أشبه المعدوم حساً، أما من لم يرث لحجب غيره، فإنه يحجب ولا يرث، كالإخوة مع الأب، يحجبون الأم من الثلث إلى السدس، ولا يرثون، لحجبهم بالأب، لا لانتفاء أهليتهم، واختلف في المحجوب حجب مزاحمة، لا حجب منع، كالجدة أم الأب مع ابنها، وأم الأم إذا قلنا يحجبها ابنها، ويستثنى من ذلك المحجوب حجب مزاحمة من العصبات، فإنه يحجب غيره، وإن لم يرث، كولد الأب في باب الجد، فإن ولد الأبوين يعادونه بهم، وهم مع ذلك محجوبون بولد الأبوين. والله أعلم.

كتاب الولاء

«الولاء» بفتح الواو ممدوداً ولاء العتق، ومعناه إذا أعتق نسمة صار لها عصبة في جميع أحكام التعصيب، عند عدم العصبة من النسب، في الميراث، وولاية النكاح، وغير ذلك، وثبوته في الجملة بالإجماع، وقد قال ﷺ: «الولاء لمن أعتق».

٢٣٢٤ ـ وعن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب، لا يباع ولا يوهب» رواه أبو يعلى الموصلي، وأبو حاتم البستي، وتكلم فيه البيهقي وغيره، ورواه الطبراني من رواية نافع عن ابن عمر، ورواه الخلال عن عبد الله بن أبي أوفي.

قال: والولاء لمن أعتق، وإن اختلف دينهما.

٢٣٢٥ ـ ش: صح أن النبي ﷺ قال: «الولاء لمن أعتق» وفي رواية مسلم وغيره «إنما الولاء لمن أعتق» وللبخاري في رواية «الولاء لمن أعطى الورق، وولي النعمة» وعموم هذه الألفاظ يقتضي بأن الولاء لكل معتق، وإن اختلف الدين، ولا نزاع في ذلك، ويرشحه قول علي رضي الله عنه: الولاء شعبة من الرق، والله أعلم.

قال؛ ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء.

ش: لما كان كلام الخرقي أولا عاماً في كل عتق، استثنى من ذلك العتق سائبة أن يعتقه ولا ولاء له عليه، وأصله من: تسييب الدواب. ولا نزاع في صحة العتق، وإنما النزاع في ثبوت الولاء للمعتق، وفيه روايتان، حكاهما الشيخان، المشهور منهما ـ والمختار للأصحاب، حتى أن القاضي في الجامع الصغير، والشريف، وأبا الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، وابن عقيل في التذكرة، وابن البنا وغيرهم، لم يذكروا خلافاً ـ أنه لا ولاء له.

٢٣٢٦ ـ لأن ابن عمر رضي الله عنه أعتق سائبة، فمات، فاشترى ابن عمر بماله رقابا فأعتقهم، وعلله أحمد بأنه جعله لله، فلا يجوز له أن يرجع إليه منه شيء (والرواية الثانية) له عليه الولاء، اختاره أبو محمد، للعمومات المتقدمة.

٢٣٢٧ ـ وعن هزيل بن شرحبيل قال: جاء رجل إلى عبد الله فقال: إني أعتقت عبداً، وجعلته سائبة، ومات وترك مالا، ولم يدع وارثاً. فقال عبدالله: إن أهل الإسلام لا يسيبون، وإنما كان أهل الجاهلية يسيبون، وأنت ولي نعمته، ولك ميراثه، وإن تأثمت وتحرجت في شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال. رواه البرقاني على

شرط الصحيح، وللبخاري منه: إن أهل الإسلام لا يسيبون، وإن أهل الجاهلية كانوا يسيبون.

٢٣٢٨ ـ وقال سعيد: حدثنا هشيم، عن منصور، أن ابن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة: هو للذي أعتقه. والله أعلم.

قال: وإن أخذ من ميراثه شيئاً جعله في مثله.

ش: لما قال: إن المعتق سائبة لا ولاء له عليه. بين حكم ميراثه، والمعروف المشهور أنه يصرف في مثله من الرقاب، اتباعاً لما تقدم عن ابن عمر، ونظرا إلى أنه جعله محضاً لله تعالى، فتختص به هذه الجهة، وعلى هذا هل ولاية الإعتاق للسيد ـ لأنه المعتق ـ أو للإمام لأنه النائب عن الله؟ فيه روايتان، وظاهر كلام الخرقي أنه خير السيد بين أخذ المال وصرفه في مثله، وبين تركه، (وعن أحمد) رواية أخرى أن ماله لبيت المال، لأنه لا وارث له، فيكون ماله لبيت المال، ويتفرع على هذا إذا مات السائبة، وخلفه بنته، ومعتقه، فعلى القول بأن له عليه الولاء المال بينهما نصفين، لها النصف بالفرض، وللمعتق النصف بالولاء، وعلى القول بأن ماله لبيت المال، الجميع للبنت بالفرض والرد، إذ الرد مقدم على بيت المال، وعلى القول بأن ميراثه يصرف في مثله للبنت النصف، والباقي يصرف في العتق، إذ جهة العتق هي المستحقة للولاء، والله أعلم.

قال: ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه.

٢٣٢٩ ـ ش: روى الحسن عن سمرة، أن النبي ﷺ قال: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»[1] رواه الخمسة إلا النسائي، وفي لفظ لأحمد «فهو عتيق» ولأبي داود عن عمر بن الخطاب موقوفاً مثل حديث سمرة، (وعن أحمد) رواية أخرى لا يعتق إلا عمود النسب ولا عمل عليها، (وقول الخرقي): ومن ملك ذا رحم. أي ذا قرابة، فيخرج غير القريب وإن كان محرماً عليه، كالأم ونحوها من الرضاعة، والربيبة، وأم الزوجة، فإنهم لا يعتقون للحديث.

٢٣٣٠ ـ وقد روي عن الزهري أنه قال: جرت السنة أن يباع الأخ والأخت من الرضاع.

وقوله: محرم. يخرج ذا الرحم غير المحرم، كابن العم ونحوه، فإنه لا يعتق إذا ملكه للحديث، وضابط ذلك أن تقدر أحدهما رجلاً، والآخر امرأة، ثم تنظر فإن حرم النكاح فإنه من الرحم المحرم، وإلا فلا، ومقتضى كلام الخرقي أنه لو ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه، لانقطاع نسبه عنه، فليس برحم له شرعاً، وهو المنصوص، وعليه الأصحاب، وحكى أبو الخطاب في الهداية احتمالاً بالعتق، على قياس قوله: في

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٩٤٩، وابن ماجه حديث ٢٥٢٤، وأحمد ٥/ ١٥، ١٨.

تحريم نكاحها، فرق ابن عقيل بأن التحريم يثبت مع الشبهة الواقعة بين الأشخاص، والعتق بخلافه، فلو اشترى عبدا من بين أعبد فيهم أخوه، لم يعتق، حتى يتيقن أنه أخوه، ولو اشترى أمه من إماء فيهن أخته، لم يجز له وطؤها، لجواز أن تكون أخته. والله أعلم.

قال: وكان له ولاؤه.

ش: إذا ملك ذا الرحم المحرم عتق عليه، وكان له ولاؤه، لأنه عتق من ماله بتسبب فعله، أشبه ما لو باشر عتقه.

قال: وولاء المكاتب والمدبر إذا عتقا لسيدهما.

ش: ولاء المدبر لمدبره، لأنه معتقه، فيدخل تحت قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» وولاء المكاتب لمكاتبه، بدليل قصة بريرة، فإن مواليها أبوا أن يبيعوها إلا أن يكون لهم الولاء، فقال النبي ﷺ لعائشة «اشتريها، واشترطي لهم الولاء» وهذا يدل على أن الولاء لهم لو لم تشترها منهم عائشة، وذكر الخرقي رحمه الله هذه الصورة إشارة إلى خلاف بعض العلماء، والله أعلم.

قال: ومن أعتق عبده عن رجل حي بلا أمره، أو عن ميت فولاؤه للمعتق.

ش: أما إذا أعتقه عن حي بلا أمره فإن العتق والولاء يقعان للمعتق، بلا خلاف نعلمه عندنا، لأن شرط صحة العتق الملك، ولا ملك للمعتق عنه، فالولاء تابع للملك.

وأما إن أعتقه عن ميت، فلا يخلو إما أن يكون عن واجب عليه أم لا، (فإن كان) في واجب عليه فإن العتق يقع عنه، لمكان الحاجة إلى ذلك، وهي الاحتياج إلى براءة ذمته، أما الولاء فقال أبو البركات تبعاً للقاضي: يثبت الولاء أيضاً له. قال أبو العباس: بناء على أن الكفارة ونحوها ليس من شرطها الدخول في ملك المكفر عنه. وأطلق الخرقي وأكثر الأصحاب أن الولاء للمعتق، قال أبو العباس بناء على أنه يشترط دخول الكفارة ونحوها في ملك من ذلك عليه.

(وإن كان) في غير واجب كانا للمعتق لانتفاء ما تقدم إذاً، والله أعلم.

قال: وإن أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره.

ش: إذا أعتق عبده عن غيره بأمره، فله ثلاث حالات قد شملها كلام الخرقي، (إحداها) إذ قال: أعتقه عني وعلي ثمنه. فهذا يكون العتق والولاء له بلا نزاع، كأنه استدعى منه بيعه له بثمن مثله، ووكله في عتقه، وسيصرح الخرقي بذلك. (الثاني) إذا قال: أعتقه عني. وأطلق، فهل يلزمه العوض كما لو صرح بذلك ـ إذ الغالب في انتقالات الأملاك أن يكون بعوض ـ أو لا يلزمه ذلك ـ لأنه إلزام ما لا يلزمه، وغايته أن طلب العتق عنه يستدعي الملك، والملك قد يكون بغير عوض كالهبة؟ فإن قلنا:

يلزمه العوض. فحكمه حكم ما لو صرح بلزومه على ما تقدم، وإن قلنا: لا يلزمه فحكمه حكم ما لو صرح بنفيه على ما سيأتي. (الثالث) إذا قال أعتقه عني مجاناً. فهنا لا يلزمه العوض بلا نزاع، ثم هل يكون العتق والولاء للسائل ـ وهو ظاهر كلام الخرقي، واختيار القاضي في التعليق، نظراً إلى أن العتق عنه يستدعي الملك، وذلك كما يحصل بالبيع يحصل بالهبة، فكأنه طلبها منه فأجابه إلى ذلك، أو نقول: العتق عنه لا تتوقف صحته منه على الملك، بل على الإِذن في ذلك ـ أو يكونان للمسؤول، نظراً إلى أنه لا بد من الملك، وأن الملك لا يحصل بذلك؟ والله أعلم.

قال: ومن قال: أعتق عبدك عني وعلي ثمنه. فالثمن عليه، والولاء للمعتق عنه.

ش: قد تقدمت هذه المسألة، قال أبو محمد: ولا نعلم فيه خلافاً.

قال: ولو قال: أعتقه والثمن علي. كان الثمن عليه، والولاء للمعتق.

ش: إنما لزم الثمن للقائل لأنه جعل جعلاً لمن عمل عملاً وهو العتق، وقد عمل ذلك العمل، فيلزمه الجعل، وإنما كان الولاء للمعتق لدخوله تحت قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» والمسؤول هو المعتق، لا السائل، لأنه لم يطلب العتق عنه، والله أعلم.

قال: ومن أعتق عبداً له أولاد من مولاة لقوم، جر معتق العبد ولاء أولاده.

ش: صورة هذه المسألة إذا أعتق أمته، وزوجها بعبد، فولدت منه أولاداً، فإنهم يكونون أحراراً، ويكون ولاؤهم لمولى أمهم، لأنه المنعم عليهم، حيث عتقوا بعتق أمهم، ثم إن أعتق العبد سيده بعد ذلك فله ولاؤه، وجر ولاء أولاده عن مولى أمهم.

٢٣٣١ ـ في قول الجمهور من الصحابة وغيرهم، لأن الولاء مشبه بالنسب، والأنساب إلى الأب، فكذلك الولاء، بدليل ما لو كانا حرين، وإنما ثبت الولاء لموالي الأم لضرورة عدم ثبوته لموالي الأب، وقد زال المانع، فيعمل المقتضي عمله، وصار هذا كولد الملاعن، لما تعذر انتسابه إلى الأب لانقطاع نسبه عنه باللعان، انتسب إلى الأم وعصباتها، فكانوا عصبته، ولو استلحقه الأب بعد ذلك لحقه، وصار عصبته له، وزال التعصيب عن الأم وعصباتها.

٢٣٣٢ ـ وقد روي عن الزبير أنه لما قدم خيبر رأى فتية لعساً، فأعجبه ظرفهم وجمالهم، فسأل عنهم، فقيل له: موالي رافع بن خديج، وأبوهم رقيق لآل الحرقة، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه، وقال لأولاده: انتسبوا إلي، فإن ولاءكم لي. فقال رافع بن خديج: الولاء لي، فإنهم عتقوا بعتقي أمهم. فاحتكموا إلى عثمان رضي الله عنه، فقضى بالولاء للزبير ولم ينقل إنكار ذلك، فيكون بمنزلة الإِجماع، واللعس سواد في الشفتين تستحسنه العرب.

وقد خص الخرقي الجر بعتق الأب، فظاهر كلامه لا يحصل بعتق الجد، وهو

المشهور والمختار للأصحاب من الروايات إذ الأصل بقاء الولاء لموالي الأم، خولف ذلك لقضاء الصحابة، فيبقى فيما عداه على الأصل (والثانية) يجره، ثم إن عتق الأب بعد أن جر الولاء إليه منه، وإلا بقي له، لأن الجد كالأب في التعصيب، وأحكم النسب، فكذلك في الولاء. (والرواية الثالثة) إن عتق والأب ميت جر الولاء، وإن عتق والأب حي لم يجره بحال، حكاها الخلال، لأن الجد ـ والحال ما تقدم ـ تحقق قيامه مقام الأب في الإِرث، وولاية النكاح، وغيرهما، فكذلك في الولاء، بخلاف ما لو كان حياً، (وعنه رواية رابعة) يجر الولاء إن عتق والأب ميت، وإن عتق والأب حي لم يجره حتى يموت الأب قنا، فيجره من حين موته، حكاها أبو بكر في الشافي، انتهى.

وحيث قيل بالجر فلا فرق بين الجد القريب والبعيد، قال أبو محمد: ومقتضى هذا أن البعيد إذا جر الولاء، ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليه، ثم إن عتق الأب جر الولاء، لأن كل واحد يحجب من فوقه، ولو لم يعتق الجد، بل كان حراً وولده مملوك، فتزوج مولاة لقوم، فولاء أولاده لمولى أمهم، وعلى القول بجر الجد الولاء يكون لمولى الجد، فلو كان الجد حر الأصل لا مولى، فلا ولاء على ولد ابنه، فإن عتق ابنه بعد لم يعد على ولده ولاء، لأن الحرية تثبت له من غير ولاء. والله تعالى أعلم.

باب ميراث الولاء

ش: أي باب الميراث بالولاء، إذ من قاعدة الخرقي رحمه الله على ما سيأتي إن شاء الله تعالى أن الولاء لا يورث، وإنما يورث به، فيكون من باب إضافة الشيء إلى سببه، لأن سبب الميراث الولاء كما يقال: دية قتل العمد. وقد يجري لفظه على ظاهره، إذ أصل كلامه: باب حكم ميراث الولاء ـ وهو سيبين أن حكمه عنده أنه لا يورث. انتهى ـ. ولا نزاع في ثبوت الميراث بالولاء في الجملة، وقد استفاضت السنة بذلك، والله أعلم.

قال: ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو كاتبن، أو كاتب من كاتبن، وقد روي عن أحمد رحمه الله في بيت المعتق خاصة أنها ترث، لما روي عن النبي ﷺ أنه ورث ابنه حمزة من الذي أعتقه حمزة.

ش: الرواية الأولى هي المشهورة عن أحمد، واختيار أبي بكر، وأبي محمد، وغيرهما، وغالى أبو بكر فوهم أبا طالب في الرواية الثانية.

٢٣٣٣ ـ وذلك لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: «ميراث الولاء للأكبر من الذكور، ولا يرث النساء من الولاء إلا ولاء من أعتقن، أو أعتق من أعتقن» ولأن هذا قول عامة العلماء من الصحابة، والتابعين، والأئمة إلا شريحاً.

٢٣٣٤ ـ وقد روي ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود، وزيد، وابن عمر، وأبي مسعود البدري، وأسامة بن زيد، وأبي بن كعب، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم، فكان إجماعاً أو حجة، ولأن الولاء مشبه بالنسب، فالمولى المعتق من المولى المنعم بمنزلة أخيه أو عمه، فأولاد المولى المنعم بمنزلة أولاد أخي المعتق، أو أولاد عمه، وأولاد الأخ، وأولاد العم لا يرث منهم إلا الذكور خاصة، (والرواية الثانية) اختارها أبو الخطاب في خلافه، وإليه ميل أبي البركات في المنتقى، ونص عليها أحمد رحمه الله في رواية أبي طالب.

٢٣٣٥ ـ محتجاً بحديث بنت حمزة، وهو ما روى جابر بن زيد، عن ابن عباس رضي الله عنهم، أن مولى لحمزة مات وترك ابنته وابنة حمزة، فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف، وابنة حمزة النصف. رواه الدارقطني[١]، وقد اعترض على هذا بأن المولى إنما كان لبنت حمزة، كذا قال أحمد في رواية ابن القاسم، وسأله: هل كان المولى لحمزة أو لابنته؟ فقال: لابنته.

٢٣٣٦ ـ وقد روى ابن ماجه[٢]، عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن الحكم، عن عبد الله بن شداد، عن بنت حمزة، ـ وهي أخت ابن شداد لأمه ـ قالت: مات مولى لي وترك ابنته، فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته، فجعل لي النصف، ولها النصف، وأجيب بأن ابن أبي ليلى فيه ضعف، وإن صح فمن المحتمل تعدد الواقعة فلا تعارض، ولو سلم الاتحاد فيحتمل أنه أضيف مولى الوالد إلى الولد، بناء على أن الولاء ينتقل إليه، أو أنه يرث به.

إذا تقرر هذا فمحل الخلاف في غير ما أعتقنه، أو أعتقه من أعتقنه، أو كاتبنه، أو كاتبه من كاتبنه، أما في هذه الأشياء فيرثن بلا نزاع، كما تضمنه الدليل السابق، وقصة بريرة مع عائشة رضي الله عنها، فإن عائشة اشترطت الولاء، وقال النبي ﷺ في ذلك: «إنما الولاء لمن أعتق» والسبب مراد من العموم بلا ريب، ويستثنى أيضاً عتقاء ابنها إذا كانت ملاعنة، على القول بأنها عصبته، ولنذكر أمثلة لمحل الخلاف، فمنها إذا مات المعتق وخلف ابن معتقه، وبنت معتقه، فالمال لابن معتقه، دون أخته على الرواية الأولى، وعلى الثانية بينهما أثلاثاً، ولو خلف بنت معتقه، وابن عم معتقه، فلا شيء للبنت، وجميع المال لابن عم المعتق على الأولى، وعلى الثانية للبنت النصف، والباقي لابن العم، ولو خلف المعتق بنته، وبنت معتقه، فالمال جميعه لابنته على الأولى بالفرض والرد، وعلى الثانية لابنته النصف، ولابنة معتقه النصف، لقضية النص في بنت حمزة، ولو كان بدل بنت معتقه أخت معتقه، فلا شيء لها رواية واحدة، والله أعلم.

(١) سنن الدارقطني ٤/ ٨٣.
(٢) سنن ابن ماجه حديث ٢٧٣٤.

قال: والولاء لأقرب عصبة المعتق.

ش: الميراث بالمولاء ثابت ومستقر للمعتق، ثم لأقرب عصبته من بعده.

٢٣٣٧ ـ لما روى الإمام أحمد عن سعيد بن المسيب، أن رسول الله ﷺ قال: «المولى أخ في الدين، ومولى نعمة، يرثه أولى الناس بالمعتق» ولأن عصبات الميت يرث منهم الأقرب فالأقرب، فكذلك عصبات المولى، فعلى هذا لو مات المعتق وخلف ابنه وأخاه، كان الولاء لابنه، ولو خلف أخاه وعمه، كان الولاء لأخيه، وعلى هذا، يرث الأقرب فالأقرب من العصبات، ولا يرث منه ذو فرض إلا ما يستثنى، ولا ذو رحم، والله أعلم.

قال: وإذا مات المعتق وخلف أبا معتقه، وابن معتقه، فلأبي معتقه السدس، وما بقي فللابن.

ش: هذا كالاستثناء مما تقدم، وقد نص عليه أحمد وهو المشهور، تشبيهاً لهما في إرث المعتق بإرث معتقه، وقيل: لا يفرض للأب والحال هذه شيء، بل الجميع للابن، لما تقدم ممن أن الولاء لأقرب العصبة. انتهى. وحكم الجد حكم الأب، وحكم ابن الابن حكم الابن، وقد يدخل ذلك في كلام الخرقي، والله أعلم.

قال: وإن خلف أخا معتقه، وجد معتقه، فالولاء بينهما نصفين.

ش: لأنهما يرثان المعتق كذلك، فيرثان مولاه كذلك، ولو كثرت الإخوة ـ كما لو كانوا ثلاثة فأكثر ـ فإنه يفرض للجد السدس، لأنه أحظ له، والباقي لهم، بناء على ما تقدم في قاعدة الجد مع الإخوة، هذا هو المشهور، وعلى القول الثاني في التي قبلها لا يفرض له معهم أصلاً، بل يكون كأحدهم وإن كثروا، ويعادونه، بولد الأب، لأنه يرث منفرداً، ولا يعادونه بالأخوات، لأنهن لا يرثن منفردات، وهذا مقتضى قول أبي محمد في الكافي والمغني، وهذا كله إذا ورثنا الإخوة مع الجد، أما إذا لم نورثهم معه ـ وجعلنا الجد كالأب ـ فالولاء للجد دون الأخ. والله أعلم.

قال: وإذا هلك رجل عن ابنين ومولى، فمات أحد الابنين بعده عن ابن، ثم مات المولى، فالولاء لابن معتقه، لأن الولاء للكبر، ولو هلك الابنان بعده وقبل مولاه، وخلف أحدهما ابناً، وخلف الآخر تسعة، كان الولاء بينهم على عددهم، لكل واحد منهم عشرة.

ش: هذا مبني على أصل قد أشار إليه الخرقي رحمه الله وهو أن الولاء يورث به ولا يورث، وهذا معنى كونه للكبر، يعني أنه يرث به أقرب عصبة السيد إليه يوم مات عتيقه، لا يوم مات السيد، وهذا المختار للأصحاب، والمشهور من الروايتين، حتى أن أبا بكر غلط من روى الثانية، وقد قال أحمد في رواية ابنه صالح: حديث عمر عن النبي ﷺ: «ما أحرز الوالد أو الولد فهو لعصبته من كان» هكذا يرويه

عمرو بن شعيب.

٢٢٣٨ ـ وقد روي عن عمر، وعثمان، وعلي، وزيد، وابن مسعود، أنهم قالوا: الولاء للكبر. فهذا الذي يذهب إليه، وهو قول أكثر الناس. انتهى وقد أبان أحمد رحمه الله عنه حجته في ذلك، وهو قول هؤلاء الذين هم أكابر الصحابة، وقد رواه مالك في الموطأ عن عثمان، ورواه سعيد عن الأربعة الباقين.

٢٢٣٩ ـ وحكي أيضاً عن ابن عمر، وأبي بن كعب، وأبي مسعود البدري، وأسامة بن زيد رضي الله عنهم أجمعين، ولما تقدم من قوله عليه السلام: «المولى أخ في الدين، ومولى نعمة، يرثه أولى الناس بالمعتق» ولأن الولاء مشبه بالنسب، والنسب يورث به ولا يورث، فكذلك الولاء.

٢٣٤٠ ـ وعن أحمد رواية أخرى: يورث الولاء كما يروث المال، وهو قول شريح، ويحكى عن عمر، وعلي، وابن عباس، والمشهور عن عمر وعلي خلاف ذلك.

٢٣٤١ ـ ومعتمد هذه الرواية ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: تزوج رياب بن حذيفة بن سعد بن سهم أم وائل بنت معمر الجمحية، فولدت له ثلاثة فتوفيت أمهم، فورثها بنوها رباعها، وولاء مواليها، فخرج بهم عمرو بن العاص معه إلى الشام، فماتوا في طاعون عمواس، فورثهم عمرو، وكان عصبتهم، فلما رجع عمرو جاء بنوا معمر بن حبيب، يخاصمونه في ولاء أختهم إلى عمر بن الخطاب، فقال: أقضي بينكم بما سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما أحرز الوالد أو الولد فهو لعصبته من كان» فقضى لنا به، وكتب لنا كتاباً فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف، وزيد بن ثابت[1]، رواه أبو داود، وابن ماجه، والنسائي، وابن المديني، وقال: هو من صحيح ما يروى عن عمر. وقد ينازع في الاستدلال بهذا الحديث، فإن الحجة في قوله عليه السلام، وقوله عليه السلام: «ما أحرز الوالد أو الولد فهو لعصبته» وهذا صحيح، فإن ما أحرزه من المال فهو لعصبته، أما الولاء فإنه لم يحرزه، بل هو باق للميت، والعاصب يرث به.

٢٣٤٢ ـ وما فهمه عمر رضي الله عنه قد نقل عنه خلافه، كما حكى ذلك الإمام أحمد والشعبي، ويعضد هذا التأويل أو يعينه قول عامة الصحابة والعلماء، وقول العامة إن لم يكن إجماعاً على الأشهر، فهو حجة على الأظهر.

إذا تقرر هذا الأصل وهو أن الولاء يورث به ولا يورث، انبنى عليه المسألتان اللتان ذكرهما الخرقي (إحداهما) إذا مات رجل عن ابنين ومولى، فمات أحد الابنين بعده عن ابن، ثم مات المولى، فالولاء لابن معتقه، لأن ابن المعتق هو أقرب الناس

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٩١٧، وابن ماجه حديث ٢٧٢٣.

إليه يوم مات العتيق، وقد نص أحمد على ذلك في رواية أبي طالب، وعلى الرواية الأخرى يكون الولاء بين ابن المعتق وبين ابن ابنه الآخر نصفين، نص عليه في رواية حنبل، لأنه لما مات المولى المنعم ورث ابناه الولاء بينهما نصفين، فإذا مات أحدهما انتقل نصيبه لابنه. (المسألة الثانية) إذا هلك الابنان بعد أبيهما، وقبل موت العتيق، وخلف أحدهما ابنا، وخلف الآخر تسعة، فعلى المذهب ـ ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور ـ الولاء بينهم على عددهم، لكل واحد عشرة، لأن الجميع في القرب إلى السيد يوم مات العتيق على حد سواء، وعلى الرواية الأخرى ـ ونص عليه أحمد هنا في رواية بكر بن محمد ـ لابن الابن النصف إرثا عن أبيه، والنصف الآخر بين بني الابن الآخر على تسعة، وتصح من ثمانية عشر، والله أعلم.

قال: ومن أعتق عبداً فولاؤه لابنه، وعقله على عصبته.

ش: يعني إذا أعتق عبداً ثم مات المعتق، فإن ولاءه لابن سيده، إذا لم يكن له وارث سواه من النسب، وعقله على عصبة سيده، لأن العقل على العصبة، وسيأتي إن شاء الله تعالى بيان هؤلاء العصبة، والولاء لأقرب العصبة، والابن أقربهم.

٢٣٤٣ ـ وقد روى إبراهيم قال: اختصم علي والزبير في مولى صفية، فقال علي: مولى عمتي، وأنا أعقل عنه، وقال الزبير: مولى أمي، وأنا أرثه، فقضى عمر للزبير بالميراث، وقضى على علي بالعقل، رواه سعيد في سننه، وذكره الإمام أحمد، (وقول الخرقي): إن الولاء للابن، والعقل على العصبة، مبني على أن الابن ليس من العاقلة، وهو مقتضى كلام الخرقي ثم، ومن جعل الابن من العاقلة ـ كالرواية الأخرى ـ يقول: الولاء له، والعقل عليه، ومن يجعل الابن عاقلة للأب دون الأم ـ كمختار أبي البركات ـ يقيد هذه المسألة بما إذا كان المعتق امرأة، كما قيدها أبو محمد. والله أعلم.

كتاب الوديعة

«الوديعة» فعيلة بمعنى مفعولة، من الودع وهو الترك، أي متروكة عن المودع.

٢٣٤٤ ـ وفي مسلم عن النبي ﷺ: «لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات»[١] أي عن تركهم الجمعات.

٢٣٤٥ ـ وفي النسائي[٢] عنه ﷺ: «اتركوا الترك ما تركوكم، ودعوا الحبشة ما ودعوكم» (وهي جائزة) بالاجماع، وسند ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ﴾ [النساء: ٥٨] الآية.

٢٣٤٦ ـ وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[٣] رواه أبو داود، والترمذي وحسنه.

قال: وليس على المودع ضمان إذا لم يتعد.

ش: ليس على المودع ضمان إذا لم يتعد، لأنه محسن، فيدخل في قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾ [التوبة: ٩١].

٢٣٤٧ ـ وأمين، فيدخل في قوله ﷺ: «لا ضمان على مؤتمن» رواه الدارقطني[٤] ثم لو قيل بالضمان لانتفى هذا المرفق العظيم، لامتناع العاقل من الدخول فيما يتمحض ضرراً، ولا فرق بين أن تتلف مع ماله، أو دون ماله على المذهب، (وعنه) إن تلفت دون ماله ضمنها.

٢٣٤٨ ـ لأنه يروى أن عمر رضي لله عنه ضمن أنساً وديعة تلفت دون ماله، وينبغي أن يكون محل هذه الرواية فيما إذا ادعى التلف والحال هذه، فإنه لا يقبل منه، لمكان التهمة، أما إن ثبت التلف فإنه ينبغي انتفاء الضمان رواية واحدة، أما إن تعدى فإنه خرج من حيز الأمانة، إلى حيز الخيانة فيضمن بلا نزاع، والله أعلم.

قال: فإن خلطها بماله وهي لا تتميز، أو لم يحفظها كما يحفظ ماله، أو أودعها غيره فهو ضامن.

ش: لما ذكر أنه إذا تعدى فيها ضمن، ذكر ثلاث صور من صور التعدي،

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٨٢٣.
(٢) المجتبى ٦/ ٤٣.
(٣) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٣٥، والترمذي ١٢٨١.
(٤) سنن الدارقطني ٣/ ٤١.

(إحداها) إذا خلط الوديعة بماله والحال أنها لا تتميز مع ما خلط به، كما لو خلط زيتا بزيت أو بشيرج، أو براً ببر، أو دراهم بدراهم، ونحو ذلك، لأنه صيرها في حكم التالف، وفوت على نفسه ردها، فضمنها كما لو ألقاها في لجة بحر، وعن أحمد في رجل أعطى رجلاً درهما يشتري له به شيئاً، فخلطه مع درهمه فضاعا، قال: ليس عليه شيء. ذكرها القاضي في ما انتقاه من رواية عبد الله بن محمد بن عبد العزيز البغوي، وحكم خلطها بمال غيره حكم خلطها بمال نفسه، وإنما ذكر الخرقي ماله اعتماداً على الغالب.

(الصورة الثانية): إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله فإنه يضمن، لأن حقيقة المودع أنه وكيل في الحفظ، فإذا لم يحفظ فقد فرط، وإذا فرط ضمن، وحفظها كما يحفظ ماله أن يحرزها في حرز مثلها، أو أعلى منه، ويذكر ذلك إن شاء الله تعالى في القطع في السرقة، وهذا إذا لم يعين له المالك حرزاً، أما إن عين له حرزاً فإنه يمتثل وإن كان دون حرزها، فإن خالفة فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى.

(الصورة الثالثة): إذا أودعها عند غيره، وله حالتان (إحداهما): أن يفعل ذلك لغير عذر، ولا إشكال في تضمينه إذاً لأنه متعد، إذ لفظ مالكها إنما تضمن أن يحفظها بنفسه لا بغيره، قلت: ويخرج عدم الضمان إذا لم ينهه، بناء على رواية جواز توكيل الوكيل، وليس من إيداعها لغيره دفعها لمن جرت عادته بدفعها إليه، كزوجته وعبده، لأن ذلك مما يحفظ به ماله، فهو داخل فيما تقدم، وهذا منصوص أحمد، وعليه الأصحاب، وفيه وجه آخر: بلى فيضمن. ذكره ابن أبي موسى، (الحالة الثانية) إذا أودعها عند غيره لعذر، كما إذا أراد سفراً غير مأمون، أو كان الترك أحرز لها، أو استوى الأمران في وجه، أو خاف عليها من حريق أو ظالم ونحو ذلك، ولم يجد ربها ولا وكيله، فيجوز، ولا ضمان عليه لمكان العذر، ثم هل يتعين الحاكم مع القدرة عليه ـ وهو المذهب المقطوع به للأصحاب ـ أو لا يتعين، ويكفي إيداعها ثقة ـ وهو احتمال لأبي محمد في المغني ـ؟ فيه قولان، قال القاضي: وقد أطلق أحمد القول ـ في رواية الأثرم، وإبراهيم بن الحارث ـ: لا يودعها لغيره إذا خاف عليها. قال: وهذا محمول على المقيم في البلد، والمسافر إذا وجد حاكماً فعدل عنه. والله أعلم.

قال: وإذا كانت علة فخلطها في صحاح، أو صحاحاً فخلطها في علة، فلا ضمان عليه.

ش: العلة هي المكسرة، فإذا خلطها في صحاح أو بالعكس فلا ضمان عليه، لأنها تتميز، فلا يتعذر ردها، وهذا هو المذهب، والمنصوص في رواية أبي طالب، ونقل عنه ابن منصور فيمن خلط دراهم بيضا بسود يضمنها، فأجر ذلك صاحب التلخيص وغيره في كل ما يتميز، وخصها أو محمد بصورة النص، لاحتمال كسبها سواداً فيتغير لونها فتنقص.

قال: ولو أمره أن يجعلها في منزله، فأخرجها عن المنزل لغشيان نار، أو سيل، أو شيء الغالب منه التوى فلا ضمان عليه.

ش: إذا أمره أن يجعل الوديعة في محل فجعلها فيه فلا ضمان عليه، وإن كان دون حرز مثلها، لأنه ممتثل غير مفرط، وإن أخرجها عن ذلك المحل لشيء نزل بها ـ من نار، أو سيل، ونحو ذلك مما الغالب منه الهلاك ـ فلا ضمان عليه، لأنه مأمور بحفظها، وحفظها في إخراجها إذاً فلا تفريط، وهل يتعين الإخراج بحيث إذا تركه ضمن؟ لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها): أن يعين له الحرز ولا ينهاه عن الإخراج كصورة الكتاب، فهنا يتعين عليه الإخراج والحال ما تقدم، بحيث لو تركه ضمن، وإن تلفت بغير ذلك الحادث، لأنه يعد إذاً مفرطاً، فيضمن لتفريطه. (الثانية): عين له الحرز، وقال له: لا تخرجها وإن خفت عليها. فأخرجها والحال ما تقدم، أو تركها، فلا شيء عليه، لأنه إن أخرجها فقد زاده خيراً بحفظها، إذ المقصود من هذا الكلام المبالغة في حفظها، وإن تركها فلا شيء عليه، لأن ربها صرح له بتركها مع الخوف، فكأنه رضي بإتلافها، (الثالثة): عين له الحرز، ونهاه عن الإخراج، ولم يقل: وإن خفت عليها. فيجوز له الإخراج مع الخوف بلا ريب، وهل يضمن إذ ترك؟ فيه وجهان (أحدهما): لا ضمان عليه، لامتثاله أمر صاحبها (الثاني): ـ وهو مقتضى ما جزم به صاحب التلخيص، وأورده في الكافي مذهباً ـ عليه الضمان، لأن النهي للاحتياط عليها، والاحتياط إذاً نقلها، فإذا تركها فقط فرط فيضمن ـ انتهى.

ومفهوم كلام الخرقي أنه متى أخرجها بلا خوف عليها، مع تعيين المالك الحرز لها ضمنها، ولا نزاع في ذلك إن أخرجها لحرز دون الذي عينه مالكها، وفيما إذا أخرجها لمثله أو أعلى منه ثلاثة أوجه (أحدها): يضمن مطلقاً، كما هو ظاهر كلام الخرقي، وظاهر كلام أحمد أيضاً، قال في رواية حرب وغيره: إذا خالف في الوديعة فهو ضامن، وذلك لأنه خالف أمر صاحبها من غير حاجة، أشبه ما لو نهاه، (والثاني): لا يضمن مطلقاً، قاله القاضي، وابن عقيل، لأن مثل الشيء يساوي ذلك الشي، فيعطي حكمه، (والثالث): إن نقلها إلى أعلى لم يضمن، ولأنه زاده خيراً، وإن نقلها إلى المساوي لم يفرقوا بين تلفها بسبب النقل، وبين تلفها بغيره، وعندي أنه إذا حصل التلف بسبب النقل ـ كانهدام البيت المنقول إليه ـ ضمن.

(تنبيه): «الغشيان» مصدر: غشي الشيء غشيانا. نزل به، «والتوى» مقصوراً الهلاك.

قال: وإذا أودعه شيئاً، ثم سأله دفعه إليه في وقت أمكنه ذلك، فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن.

ش: إذا أودعه شيئاً ثم سأله دفعه إليه لزمه ذلك، لأمر الله سبحانه ورسوله بذلك، فإن لم يفعل حتى تلف مع إمكان الرد ضمن، لمخالفة الأمر، وانتفاء عذر

المودع في الامتثال، فأشبه الغاصب، أما إن لم يمكن ردها لبعدها، أو لمخافة في طريقها، ونحو ذلك فلا ضمان عليه، لأنه لا يتوجه الأمر إليه والحال هذه، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق، وإذا لم يتوجه الأمر إليه فلا ضمان، لانتفاء تعديه، أما إن أخر لحاجة له مع إمكان الرد ـ كما إذا كان في الحمام، أو على طعام فأخر إلى الفراغ ـ فظاهر كلام الخرقي وجوب الضمان، وصرح به في التلخيص، إناطة للحكم بإمكان الرد، وفي لحوق المأثم له والحال هذه وجهان، وظاهر كلام أبي محمد في المغني انتفاء الضمان، لأنه قال: إذا قال: أمهلوني حتى أقضي صلاتي، أو آكل فإني جائع، أو أنام فإني ناعس، أو ينهضم الطعام عني فإني ممتلىء. أمهل بقدر ذلك والله أعلم.

قال: وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها.

ش: إذا مات إنسان وقد ثبت أن عنده وديعة، بإقراره أو ببينة، ولم تتميز من ماله، فصاحبها غريم بها، لأنه قد ثبت بإقراره أو بالبينة استحقاق ردها، وقد تعذر، فيجب بدلها، وإذا وجب بدلها كان غريماً بها، كسائر الحقوق، أما إن ثبت أنه كان عنده وديعة في حياته، ثم مات ولم توجد بعينها، ولم يعلم بقاؤها ولا تلفها، فوجهان (أحدهما): ـ وقال في المغني: إنه المذهب ـ وجوب الضمان، اعتماداً على أصل وجوب الرد ما لم يعلم ما يزيله، (والثاني) لا ضمان، نظراً إلى أن الأصل عدم إتلافها والتعدي فيها، فينتفي الضمان ولا فرق فيما تقدم بين أن يوجد جنس الوديعة، في ماله أو لم يوجد، قاله أبو محمد، وقال في التلخيص: إذا أوصى وأجمل ولم يعرف ضمن نص عليه، وإن ذكر جنسها بأن قال: عندي وديعة عمامة، أو سراويل، أو نحو ذلك، ولم يوجد ذلك في تركته فلا ضمان، لاحتمال التلف قبل الموت، والله أعلم.

قال: ولو طالبه بالوديعة فقال: ما أودعتني. ثم قال: ضاعت من حرز. كان ضامناً، لأنه خرج من حال الأمانة.

ش: إذا طالبه بالوديعة فأنكر أصل الإيداع، بأن قال: ما أودعتني. فثبت الإيداع ببينة أو إقرار، فادعى ما يسقط وجوب الضمان عنه ـ من ضياعها، أو تلفها، أو ردها ـ لم يسمع منه، ووجب عليه الضمان، وإن أتى ببينة، لأنه إن ادعى ذلك قبل الجحود، فهو بدعواه الأولى مكذب لدعواه الثانية أو لبينته، فينتفيان، وقيل: يسمع منه ذلك بالبينة، وإن ادعى ذلك بعد الجحود، فقد خرج عن حال الأمانة، فصارت يده يدا ضامنة لا يد أمانة، فثبوت التلف أو الضياع لا ينفي عنه الضمان، نعم إن ادعى الرد بعد الجحود سمع منه كالغاصب، فيثبت بالبينة، ويحلف خصمه مع عدمها، والله أعلم.

قال: ولو قال: ما لك عندي شيء. ثم قال: ضاعت من حرز. كان القول قوله ولا ضمان عليه.

ش: أي ولو طالبه بالوديعة، فلم ينكر أصل الإِيداع، وإنما قال: ما لك عند شيء. ثم ثبت أنه أودعه، فادعى الضياع، أو التلف، ونحو ذلك سمع منه، لعدم تنافي دعواه الأولى والثانية، إذ مع الضياع أو التلف ليس له عنده شيء، فهو صادق في قوله، فأمانته باقية، ودعواه مقبولة، ولا فرق بين قبل الجحود وبعده، على ظاهر إطلاق جماعة، وقال القاضي في المجرد: وقد قيل: إن شهدت البينة بالتلف بعد الجحود فعليه الضمان، لأنه قد كذبها بالجحود، وإن شهدت بالتلف قبل الجحود سمعت ولا ضمان عليه، والله أعلم.

قال: ولو كانت في يده وديعة فادعاها نفسان، فقال: أودعني أحدهما ولا أعرفه عيناً، أقرع بينهما، فمن تقع له القرعة حلف أنها له وأعطي.

ش: إذا كانت في يده وديعة فادعاها نفسان، وكل واحد منهما يدعي أنه الذي أودعها ولا بينة، فلا يخلو من خمسة أحوال (أحدها) أن يقر بها لأحدهما دون الآخر، فهي له مع يمينه، لأن اليد كانت للمودع، وقد نقلها إلى المدعي، فصارت اليد له، ومن اليد له القول قوله مع يمينه، وعلى المدعي اليمين للمدعي الآخر، لأنه منكر لما ادعاه عليه، فإن حلف برئ وإن نكل قضي عليه بغرمها، (الثاني) أن يقر بها لهما، فهي بينهما يقتسمانها، مع تحالفهما، كما لو كانت بأيديهما وتداعياها، وعليه اليمين لكل واحد منهما في نصفها، فإن نكل لزمه عوضها يقتسمانه أيضاً، (الثالث): أن يقر بها لواحد منهما غير معين، وهذه مسألة الخرقي، فإن صدقاه في عدم العلم فلا يمين عليه، ويقرع بينهما، لتساويهما في الحق، أشبها العبدين إذا أعتقهما في مرضه، وإن أكذباه أو أحدهما، لزمه يمين واحدة بأنه لا يعلم عين صاحبها، لأن المدعي يدعي عليه العلم بعين صاحبها، وهو ينكره، فإن حلف أقرع بينهما كما تقدم، وإن نكل لزمه غرمها، قال في التلخيص: ثم إن اتفقا على أن العين وقيمتها يشتركان فيها فلا كلام، وإن تشاحاها أقرع بينهما، فدفعت العين للقارع، ومقتضى كلام أبي البركات أنه مع نكوله يقرع بينهما، فيأخذ القارع العين، ويطلب الآخر البدل، (الرابع) جحدهما فالقول قوله، لأن اليد له، وعليه لكل واحد يمين، فإن نكل لزمه لهما العين وعوضها، يقترعان عليهما، قال أبو البركات: ويحتمل أن يقتسماهما (الخامس): أقر بها لغيرهما، وله تقاسيم ليس هذا موضعها، والله أعلم.

قال: ومن أودع شيئاً فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل، لزمه مقدار ما أخذ.

ش: إذا أودع إنسان إنساناً شيئاً، فأخذ بعضه ثم رده، فضاع الجميع أو تلف، لزمه مقدار ما أخذ فقط، لأنه القدر الذي تعدى فيه، هذا هو المشهور من الروايتين، حتى أن القاضي في تعليقه، وأبا البركات وأبا محمد في الكافي والمغني، لم يذكروا غيرها (والرواية الثانية) يضمن الجميع، حكاها صاحب التلخيص وغيره، لأنها وديعه،

قد تعدى فيها فضمنها، كما لو أخذ الجميع انتهى.

وإن لم يرد ما أخذ بل رد بدله، فللأصحاب في ذلك طرق (إحداها): أنه لا يلزمه إلا مقدار ما أخذ، سواء كان البدل متميزاً أو غير متميز، وهذا مقتضى كلام الخرقي، وبه قطع القاضي في التعليق، وذكر نص أحمد على ذلك من رواية الجماعة، وحكي عنه من رواية الأثرم أنه أنكر القول بتضمين الجميع، وأنه قال: إنه قول سوء. وذلك لأنه الضمان منوط بالتعدي، والتعدي إنما حصل في المأخوذ، فيختص الضمان به، (الطريقة الثانية): أنه إنه تميز البدل ضمن قدر ما أخذ فقط، وإن لم يتميز فعلى روايتين، وهذه طريقة أبي محمد في المغني والكافي، وأبي البركات، (الطريقة الثالثة): أن المسألة على روايتين فيهما، وهي ظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية، (الطريقة الرابعة) أنه إن تميز البدل فعلى روايتين، وإن لم يتميز ضمن الجميع رواية واحدة، قالها صاحب التلخيص، ويقرب من هذه الطريقة قول أبي محمد في المقنع، وكلام القاضي على ما حكى عنه أبو محمد في المغني ومبنى هذه الطريقة على أن المردود باق على ملكه، فقد خلط ملكه بالوديعة، فيجري فيه ما تقدم، وقد فرق أبو محمد بأن المردود يجب رده مع الوديعة، فلم يفوت على نفسه إمكانه الرد، بخلاف ثم، فإنه فوت على نفسه، إمكان رد الوديعة، وقد يقال: مسلم أنه يجب عليه الرد، لكن لا يجب عليه رد هذا المخلوط بعينه، فهو باق على ملكه، فإذا خلطه بالوديعة ولم يتميز فقد فوت على نفسه إمكان رد باقيها، وبالجملة هذه الطريقة وإن كانت حسنة لكنها مخالفة لنصوص أحمد، وقد يقال: إن نصوصه هنا مقوية لرواية البغوي ثم.

واعلم أن شرط هذه المسألة عند أبي محمد، وأبي البركات، أن تكون الدراهم ونحوها غير مختومة ولا مشدودة، أما إن كانت مختومة أو مشدودة فحلّ الشد، أو فك الختم، فإنه يضمن الجميع بلا نزاع، لتهتك الحرز، وهذا الصحيح عند القاضي، وقال: إنه قياس قول الأصحاب فيما إذا فتح قفصاً عن طائر فطار. ولم يذكر عن أحمد بذلك نصاً، ونقل مهنا عن أحمد ما يقتضي أنه لا يضمن إلا ما أخذ، فقال - في رجل استودع رجلاً عشرة دنانير في صرة فأخذ منها المستودع ديناراً فأنفذه، ثم رد مكانه ديناراً، فضاعت العشرة - يغرم الدينار، وليس عليه التسعة، وفي التلخيص أيضاً أن البغوي روى عن أحمد ما يدل على ذلك، وينبني على ذلك لو خرق الكيس، فإن كان من فوق الشد لم يضمن إلا أرش الخرق فقط، وإن كان من تحت الشد ضمن الجميع، على المشهور عند الأصحاب.

وقوة كلام الخرقي تقتضي أنه لا يضمن بمجرد نية التعدي، وهو المذهب المجزوم به، لرفع المؤاخذة عن ذلك ما لم يتكلم أو يعمل، ولهذا لو أخرجه إلى السوق بنية الإِنفاق ثم ردها، ضمنها على أصح الوجهين، لوجود العمل، قال القاضي: وقد قيل: إنه يضمن بالنية، لاقترانها بالإِمساك، وهو فعل، وقد ينبني هذا الوجه على

أن الذي لا يؤاخذ به هو الهم، أما العزم فيؤاخذ به على أحد القولين، والله أعلم.

باب قسم الفيء والغنيمة والصدقة

ش: «الفيء» في الأصل مصدر: فاء يفيء فيئة وفيئاً. إذا رجع، ثم أطلق على ما أخذ من الجهات الآتي ذكرها إن شاء الله تعالى، لأن الله تعالى أفاءه على المسلمين، أي رده عليهم من الكفار، فإن الأصل أن الله إنما خلق الأموال إعانة على عبادته، لأنه إنما خلق الخلق لعبادته، والكافر ليس من أهل عبادته، فرجوع المال عنه رده إلى أصله.

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ﴾ [الحشر: ٧] الآية «والغنيمة» أصلها من الربح والفضل، والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] الآية، أضاف الغنيمة لهم، ثم جعل خمسها لغيرهم، فدل على أن الأربعة الأخماس الباقية لهم، وقيل: إنها كانت أولاً للرسول ﷺ بدليل قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ ۖ قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِ ۖ﴾ [الأنفال: ١] وهي من خصائص هذه الأمة.

٢٣٤٩ ـ قال ﷺ: «وأحلت لي الغنائم، ولم تحل لأحد قبلي»[(١)] متفق عليه.

٢٣٥٠ ـ وفي الصحيح «أن النار كانت تنزل من السماء فتأكلها»[(٢)] «والصدقة» هنا المراد بها الصدقة المفروضة وهي الزكاة.

قال: والأموال ثلاثة، فيء، وغنيمة، وصدقة.

ش: أي الأموال التي مرجعها للإمام، التي يتولى أخذها وتفريقها، والله أعلم.

قال: فالفيء ما أخذ من مال مشرك، ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، والغنيمة ما أوجف عليه.

ش: هذان تعريفان شرعيان للفيء والغنيمة، والركاب الإبل، والإيجاف أصله التحريك، والمراد هنا الحركة في السير إليه.

٢٣٥١ ـ قال قتادة في قوله تعالى: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْهُمْ فَمَآ أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ [الحشر: ٦]: ما قطعتم وادياً، ولا سيرتم إليها دابة، إنما كانت حوائط بني النضير، أطعمها الله رسول الله ﷺ. والخرقي رحمه الله لحظ الآية الكريمة، كما هو دأبه، فأتى بألفاظها، فكان ما أخذ من مال مشرك بغير إيجاف، كالذي تركه فزعا من المسلمين، وكالجزية، والعشر من تاجر أهل الحرب، ونصفه من تأجر أهل الذمة، ومال من مات منهم ولا وارث له، وخراج أرض صالحناهم عليها.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٣٣٥، ومسلم ٥/٣.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٣١٢٤، ومسلم ١٢/٥١.

وما أجاف عليه المسلمون فساروا إليه، وقاتلوا عليه، فهو غنيمة، سواء أخذ بالسيف، أو بالحصر والاستنزال بأمان.

٢٣٥٢ ـ فإن النبي ﷺ افتتح حصون خيبر بعضها عنوة، وبعضها استنزل أهله بأمان، وكلها كانت غنيمة.

قال: فخمس الفيء والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم.

ش: قد دل كلام الخرقي رحمه الله من جهة إشارة النص على أن الفيء والغنيمة يخمسان، «أما الغنيمة» فلا نزاع في تخميسها بحمد الله في الجملة، وقد دل عليها قوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] الآية.

٢٣٥٣ ـ وفي الترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال لوفد عبد القيس «آمركم أن تؤدوا خمس ما غنمتم»[(١)] وقد اختلف في أشياء من الغنيمة هل تخمس كالسلب، والنفل، وأشياء أخر، ونذكر ذلك إن شاء الله تعالى في غير هذا الموضع «وأما الفيء» فالمنصوص عن أحمد في رواية أبي طالب بأنه لا يخمس، لأن الله سبحانه قال: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ﴾ ـ إلى قوله ـ ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾ [الحشر: ٧ـ ١٠] الآيات، فدل على أنه كله لهؤلاء، ولم يذكر خمساً.

٢٣٥٤ ـ وفي النسائي[(٢)] من حديث مالك بن أوس، عن عمر رضي الله عنه في حديث طويل، أنه قال: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾ [الأنفال: ٤١] هذا لهؤلاء ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ﴾ [التوبة: ٦٠] هذه لهؤلاء، ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡهُمۡ فَمَآ أَوۡجَفۡتُمۡ عَلَيۡهِ مِنۡ خَيۡلٖ وَلَا رِكَابٖ﴾ [الحشر: ٦] قال الزهري: قال عمر: هذه لرسول الله ﷺ خاصة وكذا ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾ [الحشر: ٧]، و ﴿لِلۡفُقَرَآءِ ٱلۡمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخۡرِجُواْ مِن دِيَٰرِهِمۡ وَأَمۡوَٰلِهِمۡ﴾ [الحشر: ٨]، ﴿وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلۡإِيمَٰنَ مِن قَبۡلِهِمۡ﴾، ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾ [الحشر: ١٠] فاستوعبت هذه الآية الناس، فلم يبق رجل ممن المسلمين إلا وله من هذا المال حق ـ أو قال حظ ـ إلا بعض من تملكون من أرقائكم، ولئن عشت ليأتين على كل مسلم حقه أو قال حظه. ورواه أبو داود عن الزهري قال: قال عمر: ﴿فَمَآ أَوۡجَفۡتُمۡ عَلَيۡهِ مِنۡ خَيۡلٖ وَلَا رِكَابٖ﴾ [الحشر: ٦] وذكر مثل رواية النسائي وهذا من عمر تفسير للآية الكريمة وهو كالنص في عدم التخميس، وتفسير الصحابي إذا وافق ظاهر النص كان حجة بلا ريب.

وقال الخرقي: إنه يخمس. قال القاضي: لم أجد بما قال نصاً. ووجهه أنه مال

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٥٣، ومسلم ١/ ١٧٩.

(٢) المجتبى ٧/ ١٣٦.

مشرك مظهور عليه، فوجب أن يخمس كالركاز، والغنيمة، دل كلامه ـ من جهة دلالة النص ـ على أن خمس الفيء والغنيمة يقسمان على خمسة أسهم، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] الآية.

٢٣٥٥ ـ وسهم الله والرسول ﷺ واحد، كذا قال عطاء، والشعبي.

٢٣٥٦ ـ وعن بعضهم أن ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام تبركاً به.

٢٣٥٧ ـ وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: سمعت علياً يقول: ولاني رسول الله ﷺ على خمس الخمس فوضعته مواضعه حياته، وحياة أبي بكر، وحياة عمر، فأتي عمر بمال آخر حياته، فدعاني فقال: خذه. فقلت: لا أريده. فقال: خذه فأنتم أحق به. قلت: قد استغنينا عنه. فجعله في بيت المال. رواه أبو داود(١)، وفي رواية: إن رأيت أو تولينا حقنا من هذا الخمس في كتاب الله. وهذا يدل على أن الخمس كان يخمس خمسة أسهم، لا أقل منها ولا أكثر.

(تنبيه): الغنيمة التي تخمس هي ما وجد بعد دفع السلب لمستحقه، وبعد دفع ما وجد فيها لمسلم أو معاهد له، وبعد إعطاء أجرة من حفظها أو نقلها، وجعل من دل على حصن أو ماء، ونحو ذلك، ولهذه تفاصيل ليس هذا موضع بيانها، وبعد ما أكل منها من طعام، أو علف، على ما يذكر في موضعه، واختلف في ما إذا دخل قوم لا منعة لهم دار الحرب فغنموا، هل يخمس ما غنموه؟ على روايتين، واختلف أيضاً في النفل، كقول الإمام: من جاء بعشرة أرؤس فله منها رأس ونحو ذلك، فقال أبو البركات: يخمس، وقال أبو محمد: الظاهر أنه لا يخمس. والله أعلم.

قال: سهم للرسول ﷺ مصروف من الكراع، والسلاح، ومصالح المسلمين.

ش: سهم رسول الله ﷺ باق بعد موته لم يسقط، اعتماداً على الأصل، وهو ثبوته.

٢٣٥٨ ـ وفي حديث جبير بن مطعم أنه قال: وكان أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ، غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله ﷺ، وكان عمر يعطيهم، ومن كان بعده منه، مختصراً رواه البخاري.

٢٣٥٩ ـ وعن عمرو بن عبسة قال: صلى بنا رسول الله ﷺ إلى بعير من المغنم فلما صلى أخذ وبرة من المغنم ثم قال: «لا يحل لي من غنائمكم مثل هذا إلا الخمس، والخمس مردود فيكم» رواه أبو داود(٢)، وروى نحوه النسائي عن عبادة بن الصامت، وعمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وهو شامل لحال حياته، وحال وفاته، ومصرفه مصالح المسلمين، كالفيء على المشهور، ولما تقدم من قوله عليه

(١) سنن أبي داود حديث ٢٩٨٣.
(٢) سنن أبي داود حديث ٢٧٥٥.

السلام: «وهو مردود فيكم» (وعن أحمد) رواية أخرى يصرف في السلاح والكراع والمقاتلة خاصة.

٢٣٦٠ ـ لما روي عن عمر رضي الله عنه قال: كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله ﷺ مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب، فكانت للنبي ﷺ، فكان ينفق على أهله نفقة سنة ـ ومن لفظ: يحبس لأهله قوت سنتهم ـ ويجعل ما بقي في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله[1]. متفق عليه.

(تنبيه): «الوبرة» واحدة الوبر للإبل، كالصوف للضأن، والشعر للمعز، قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَآ أَثَٰثًا وَمَتَٰعًا إِلَىٰ حِينٍ﴾ [النحل: ٨٠] «والكراع» الخيل.

قال: وخمس مقسوم في صلبية بني هاشم، وبني المطلب، ابني عبد مناف، حيث كانوا، للذكر مثل حظ الأنثيين.

ش: قوله: في صلبية بني هاشم. يعني أولاد هاشم، دون من يعد منهم من مواليهم، وحلفائهم، وقد دل كلام الخرقي رحمه الله على خمس مسائل (إحداها): أن سهم ذوي القربى ثابت بعد موت النبي ﷺ، وهذا مذهبنا، لأنه سبحانه ذكرهم في كتابه من ذوي السهام، والأصل البقاء ما لم يعارضه معارض.

٢٣٦١ ـ وعن جبير بن معطم قال: مشيت أنا وعثمان إلى النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله أعطيت بني المطلب، وتركتنا، ونحن وهم منك بمنزلة واحدة؟ فقال رسول الله ﷺ: «إنما بنو المطلب وبنو هاشم شيء واحد»[2] وفي رواية: فقلنا: أعطيت بني المطلب من خمس خيبر وتركتنا. وزاد: قال جبير: ولم يقسم النبي ﷺ لبني عبد شمس، ولا لبني نوفل شيئاً. وقال ابن إسحاق: عبد شمس، وهاشم، والمطلب أخوة لأم، وأمهم عاتكة بنت مرة، وكان نوفل أخاهم لأبيهم. هذه رواية البخاري.

٢٣٦٢ ـ وفي رواية أبي داود: أن رسول الله ﷺ لم يكن يقسم لبني عبد شمس، ولا لبني نوفل من الخمس شيئاً، كما قسم لبني هاشم وبني المطلب، قال: وكان أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ، غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله ﷺ، وكان عمر يعطيهم ومن بعده. وفي رواية: وعثمان بعده. فهذان عمر وعثمان أعطيا بعد موته، ومنع أبي بكر لعله لمانع قام عنده، والنسخ لا يثبت بالاحتمال.

٢٣٦٣ ـ وعن يزيد بن هرمز قال: كتب نجدة الحروري إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذوي القربى لمن هو؟ قال يزيد بن هرمز: فأنا كتبت كتاب ابن عباس إلى نجدة،

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٩٠٤، ومسلم ١٢/٦٩، وأحمد ١/٢٥.
(٢) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٢٣٨.

كتب إليه: كتبت تسألني عن سهم ذوي القربى لمن هو؟ وهو لنا أهل البيت، وقد كان عمر دعانا إلى أن ينكح منه أيمنا، ويجدي منه عاملنا، ويقضي منه عن غارمنا، فأبينا إلا أن يسلمه إلينا فتركناه عليه[1]. رواه أبو داود، والنسائي، وأحمد واحتج به وهذا لفظه.

(الثانية): أن ذا القربى بنو هاشم وبنو المطلب ابني عبد مناف، دون مواليهم، وغير مواليهم، لما تقدم من حديث جبير رضي الله عنه، والمعتبر الأب، لأن النسب له، فإن الهاشمي وإن لم تكن أمه هاشمية يستحق، وابن الهاشمية لا يستحق إذا كان أبوه غير هاشمي. (الثالثة): أنه يجب تعميمهم، وتفرقته بينهم حيث كانوا حسب الإمكان، لأنه سهم مستحق بالقرابة، أشبه الميراث، فعلى هذا يبعث الإمام إلى عماله في الأقاليم، وينظر ما حصل من ذلك، فإن استوت الأخماس فرق كل خمس فيمن قاربه، وإن اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه، قال أبو محمد: والصحيح إن شاء الله تعالى أنه لا يجب التعميم، لأنه يتعذر أو يشق، فلم يجب كالمساكين، والإمام ليس له حكم إلا في قليل من بلاد الإسلام، فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده، قلت: ولا أظن الأصحاب يخالفون أبا محمد في هذا. (الرابعة): أن القسم بينهم يكون للذكر مثل حظ الأنثيين، وهو إحدى الروايتين، وبه جزم أبو محمد في المقنع، لأنه سهم استحق بقرابة الأب شرعاً، ففضل فيه الذكر على الأنثى كالميراث، وخرج ولد الأم والوصية (والرواية الثانية) يسوى بين ذكرهم وأنثاهم، لأنهم أعطوا باسم القرابة، والذكر والأنثى فيها سواء، وأشبه ما لو وصى لقرابة فلان، يحققه أن الجد يأخذ مع الأب، وابن الابن يأخذ مع الابن، وهذا خلاف الميراث، (الخامسة): أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء، على عموم كلام الخرقي، وهو المشهور المعروف، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾.

٢٣٦٤ ـ وفي الصحيحين في حديث طويل أن العباس وعلياً جاءا يطلبان أن عمر يقضي بينهما، فقال عمر: إن الله كان خص رسوله ﷺ بخاصة لم يخصص بها أحداً غيره، فقال: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الحشر: ٧] قال: فقسم رسول الله ﷺ بينكم أموال بني النضير، فوالله ما استأثر بها عنكم، ولا أخذها دونكم[2] ـ انتهى ـ والعباس كان من الأغنياء، وقال أبو إسحاق بن شاقلا: يختص به فقراؤهم، لما تقدم عن عمر.

(تنبيه): «الحرورية» طائفة من الخوارج، نسبوا إلى «حروراء» اسم بلدة، تمد وتقصر، كل أول مجتمعهم بها، وتحكيمهم فيها، «ويحذي» يعطي «والغارم» المديون،

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٩٨٢، والنسائي ٧/ ١٢٨، وأحمد ١/ ٣٢٠.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٣٠٩٤، ومسلم ١٢/ ٧١.

والاستئثار الاستبداد بالشيء والانفراد به، والله أعلم.

قال: والخمس الثالث في اليتامى.

ش: قد شهد النص بذلك، واليتيم من لا أب له، وإن كان له أم، ولم يبلغ الحلم.

٢٣٦٥ ـ قال النبي ﷺ: «لا يتم بعد البلوغ، ولا صمات يوم إلى الليل»(١).
وظاهر كلام الخرقي أنه لا يشترط فقرهم، وإليه ميل أبي محمد، نظراً لإطلاق الآية الكريمة واشترطه جمهور الأصحاب، لأن ذا الأب لا يدفع إليه، والمال أنفع من الأب، قال أبو محمد: قال الأصحاب: ويفرق على جميع أيتام البلاد، قال: والقول فيه كالقول في سهم ذي القربى، والله أعلم.

قال: والخمس الرابع في المساكين.

ش: للنص، ويدخل فيهم الفقراء، إذ كل موضع ذكر فيه أحد الصنفين دخل الآخر، وحيث أريدا ذكراً كما في الزكاة، قال أبو محمد: قال أصحابنا: ويعم جميعهم في جميع البلاد. قال: وقد تقدم قولنا في ذلك، والله أعلم.

قال: والخمس الخامس لابن السبيل.

ش: للنص، وسيأتي بيان ابن السبيل إن شاء الله تعالى، فإن اجتمع في واحد أسباب، كمسكين هو ابن سبيل، يتيم فإنه يعطى بكل منها، فإن أعطي فزال فقره لم يعط له شيئاً، والله أعلم.

قال: وأربعة أخماس الفيء لجميع المسلمين، بالسوية بينهم، غنيهم وفقيرهم فيه سواء، إلا العبد.

ش: لما قال: إن الفيء يخمس. قال: إن أربعة أخماسه للمسلمين. وعلى المنصوص جميعه للمسلمين، ولا نزاع أن العبيد لا حق لهم في الفيء، وقد تقدم عن عمر رضي الله عنه أنه قال: لم يبق رجل من المسلمين إلا وله في هذا المال حق، إلا بعض من تملكون من أرقائكم، ومن عدا العبيد من المسلمين لهم حق في الفيء في الجملة، فيصرف في مصالح المسلمين، إذ نفعها يعود على جميعهم، ويبدأ بالأهم فالأهم، من سد الثغور، وكفاية أهلها وغيرهم من جند المسلمين، ثم الأهم فالأهم، من سد البثوق، وعمل القناطر، وأرزاق القضاة، والمفتين، والمؤذنين، ونحوهم، من كل ذي نفع عام، وما فضل منه قسم بين المسلمين غنيهم وفقيرهم، على قول الخرقي، والمشهور، لما تقدم عن عمر أنه قال: لم يبق رجل من المسلمين إلا وله في هذا المال حق، وقرأ ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ﴾ إلى قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٨٧٣.

بَعۡدِهِمۡ﴾ [الحشر: ٧ـ ١٠] وعن أحمد يقدم ذووا الحاجات.

٢٣٦٦ ـ لما روى مالك بن أوس قال: ذكر عمر يوماً الفيء فقال: ما أنا بأحق بهذا الفيء منكم، وما منا من أحد بأحق به من أحد إلا أنا على منازلنا من كتاب الله عز وجل، وقسمه رسول الله ﷺ، فالرجل وقدمه، والرجل وبلائه، والرجل وحاجته، رواه أبو داود[1]، وقال القاضي: أهل الفيء هم أهل الجهاد، ومن يقوم بمصالحهم، ومن لا يعد نفسه للجهاد، فلا حق له فيه. وهو يلتفت إلى أن الفيء كان لرسول الله ﷺ، لحصول النصرة والمصلحة به، فلما مات صارت المصلحة للجند، وما يحتاج إليه المسلمون، فصار ذلك لهم دون غيرهم.

٢٣٦٧ ـ ويشهد لذلك قصة عمر المتقدمة: أن الله تعالى كان خص رسول الله ﷺ بخاصة لم يخصص بها أحداً غيره، فقال تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ قال: فقسم رسول الله ﷺ بينكم أموال بين النضير، فوالله ما استأثر بها عليكم، ولا أخذها دونكم، حتى بقي هذا المال، فكان رسول الله ﷺ يأخذ منه نفقة سنة، ثم يجعل ما بقي أسوة المال. وفي رواية: ثم يجعل ما بقي بجعل مال الله. والأول يلتفت إلى أن الفيء لم يكن ملكاً له، وإنما كان يتصرف فيه بالأمر، فهو لجميع المسلمين.

٢٣٦٨ ـ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ما أعطيكم ولا أمنعكم، إنما أنا قاسم أضع حيث أمرت»[2] رواه البخاري ـ انتهى ـ يبدأ عند العطاء بالمهاجرين، ثم بالأنصار، ثم بسائر المسلمين، ويبدأ بالأقرب فالأقرب من رسول الله، وهل يفاضل بينهم؟ حكى أبو محمد فيه روايتين، واختار أن ذلك موكول إلى رأي الإمام واجتهاده، وقال أبو البركات: وفي جواز التفضيل بينهم بالسابقة روايتان. فخص الخلاف.

٢٣٦٩ ـ وقد روي عن أبي بكر وعلى رضي الله عنهما أنهما سويا، فيروى أن أبا بكر سوى، فقال له عمر: يا خليفة رسول الله أتجعل الذين جاهدوا في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم، وهجروا ديارهم كمن إنما دخلوا في الإسلام كرها؟ فقال أبو بكر: إنما عملوا لله، وإنما أجورهم على الله، وإنما الدنيا بلاغ.

٢٣٧٠ ـ وعن عمر وعثمان أنهما فضلا.

٢٣٧١ ـ وعن نافع أن عمر كان فرض للمهاجرين الأولين أربعة آلاف؟ فقال: إنما هاجر به أبوه، يقول: ليس هو ممن هاجر بنفسه[3].

---

(١) سنن أبي داود حديث ٢٩٥٠.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٣١١٧، وأبو داود حديث ٢٩٤٩، وأحمد ٢/ ٤٨٢.

(٣) أخرجه البخاري حديث ٣٩١٢.

٢٣٧٢ ـ وعن قيس بن أبي حازم قال: كان عطاء البدريين خمسة آلاف، خمسة آلاف وقال عمر: لأفضلنهم على من بعدهم. رواهما البخاري(١).

٢٣٧٣ ـ وعن عوف بن مالك قال: كان رسول الله ﷺ إذا أتاه الفيء قسمه في يومه، فأعطى الآهل حظين، وأعطى الأعزب حظا. زاد في رواية: فدعينا، وكنت أدعى قبل عمار، فدعيت فأعطاني حظين، وكان لي أهل، ثم دعي بعدي عمار بن ياسر فأعطي حظاً واحداً(٢). رواه أبو داود، وأحمد وحسنه، والله أعلم.

قال: وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الوقعة.

٢٣٧٤ ـ ش: كذا قال عمر رضي الله عنه، وهو إجماع في الجملة، وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] الآية، كما تقدم تقريره، وقوله: لمن شهد الوقعة، يشمل من قاتل، ومن لم يقاتل، ممن قصده الجهاد، كالتجار، والصناع، ويستثنى من الشاهدين صور ليس هذا موضع استثنائها.

قال: وللراجل سهم، وللفارس ثلاث أسهم، إلا أن يكون الفارس على هجين، فيكون له سهمان، سهم له وسهم لهجينه.

ش: لما ذكر الخرقي رحمه الله أن الغنيمة تخمس، ذكر أن أربعة أخماسها لشاهدي الوقعة، وذكر ذلك في كتاب الجهاد مستوفى، وهو محله واللائق به، فلنؤخره إلى هناك إن شاء الله تعالى.

قال: والصدقة لا يتجاوز بها الثمانية الأصناف التي سمى الله تعالى.

ش: أي الصدقة المفروضة، وقد تقدمت هذه المسألة في الزكاة، فلا حاجة إلى إعادتها.

قال: (الفقراء) وهم الزمنى، والمكافيف، الذين لا حرفة لهم، والحرفة الصنعة، ولا يملكون خمسين درهماً، أو قيمتها من الذهب، (والمساكين) وهم السؤآل وغير السؤآل، ومن لهم الحرفة إلا أنهم لا يملكون خمسين درهماً، أو قيمتها من الذهب..

ش: لما ذكر رحمه الله أن الصدقة لا يجاوز بها الثمانية الأصناف التي ذكرها الله تعالى طفق يبينها، وقد تقدم أن الفقراء والمساكين صنف واحد في غير الزكاة، وأنهما في الزكاة صنفان، وقد أشعر كلام الخرقي ـ بل نصه ـ على أن الفقر أشد من المسكنة، لأنه جعل الفقراء هم الزمنى، والمكافيف أي العميان، الذين لا حرفة لهم، احترازاً ممن له منهم حرفة، كمن ينفخ في الكير، ونحو ذلك، وجعل المساكين السؤال وهو حرفة، أو من له منهم حرفة غير السؤال، وقد أومأ أحمد إلى ذلك،

---

(١) صحيح البخاري حديث ٤٠٢٢.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢٩٥٣، وأحمد ٦/ ٢٥.

وعليه الأصحاب، وينقل عن الأصمعي، وابن الأنباري، وذلك لأن الله سبحانه بدأ بالفقراء، والعادة البداءة بالأهم، لا يقال: فالغارم أسوأ حالا من الفقير، لأنه اجتمع عليه الدين مع الفقر، لأنه نقول: الغارم قد يكون غنياً، كالغارم لإصلاح ذات البين، فلذلك أخر، وأيضاً قوله تعالى: ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِى ٱلْبَحْرِ﴾ [الكهف: ٧٩] فسماهم مساكين، مع أن لهم سفينة، لا يقال: سماهم مساكين لضعفهم عن الدفع عن سفينتهم، بدليل ﴿وَكَانَ وَرَآءَهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾ [الكهف: ٧٩] لأنا نقول: إطلاق المساكين يقتضي الحاجة دون الدفع، فيكون هذا هو الظاهر، والحمل على الظاهر متعين، ما لم يعارضه ما هو أقوى منه.

٢٣٧٥ ـ ولأن النبي ﷺ استعاذ من الفقر[١].

٢٣٧٦ ـ وسأل المسكنة فقال: «اللهم أحيني مسكيناً، وأمتني مسكيناً، واحشرني من زمرة المساكين»[٢].

٢٣٧٧ ـ وما يقال: إنه ﷺ إنما استعاذ من فقر القلب، بدليل «ليس الغنى عن كثرة العرض، وإنما الغنى غنى النفس»[٣] ويجاب عنه بما تقدم، والحق أن الظاهر أنه إنما استعاذ من فقر القلب، لأنه هو المذموم، المطلوب عدمه، إذ من افتقر قلبه لا يزال حزيناً ذليلاً، وإن حصل له من الدنيا ما عسى أن يحصل، أما من افتقر في المال، وحصل له غنى النفس، فهو راض بما أعطاه ربه، محب له، صابر، فهو الفقير الصابر، وهذا أمر في الحقيقة مطلوب، فكيف يستعاذ منه، والظاهر أن سؤاله المسكنة إنما هي الصفة التي يخرج بها عن هيئة المتكبرين، والمتطاولين، فيكون خاضعاً لربه، ذليلاً له، وهو مقام العبودية.

٢٣٧٨ ـ وفي الأثر أنه سبحانه أوحى إلى موسى: إذا قمت بين يدي فقدم مقام الذليل الحقير. وكذلك أوحى إلى موسى: إذا قمت بين يدي فقم مقام الذليل الحقير. وكذلك أوحى إلى عيسى عليهما الصلاة والسلام ـ انتهى.

وأيضاً فالاشتقاق يناسب ما قلناه، إذ «الفقير» مشتق من: فقر الظهر. فعيل بمعنى مفعول، أي مفقور، وهو الذي نزعت فقرة ظهره، فانقطع صلبه، «والمسكين» مفعيل من السكون، وهو الذي أسكنته الحاجة، ومن كسر صلبه أشد حالاً من الساكن، ذكر ذلك ابن الأنباري، وأما قوله سبحانه: ﴿أَوْ مِسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ ﴿١٦﴾﴾ [البلد: ١٦] أي الملتصق بالتراب، المطروح عليه، فقال ابن الأنباري: لما نعته الله بهذا علمنا أنه ليس كل مسكين بهذه الصفة، بل الأغلب عليه أن يكون له شيء، فنعته بذلك أخرجه عن بقية المساكين. انتهى. أو يقال: المراد بالمسكين هنا الفقير، إذ كل منهما يسمى فقيراً

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٦٣٦٨، ومسلم ١٧/٢٨.

(٢) أخرجه الترمذي ٢٤٦٨.

(٣) أخرجه البخاري حديث ٦٤٤٦، ومسلم ٧/ ١٤٠.

ومسكيناً نظراً للحاجة.

إذ تقرر هذا فضابط «الفقير» من لا شيء له أصلاً، أو له شيء لا يقع موقعاً من كفايته، كمن كفايته درهمان، ويحصل له نصف درهم، ونحو ذلك، «والمسكين» من يحصل له ما يقع موقعاً من كفايته، كمن يحصل درهماً في صورتنا، أو درهماً ونصفا، وشرط جواز الدفع إليهما عند الخرقي أن لا يملكا خمسين درهماً، أو قيمتها من الذهب، بناء على ما تقدم له من أن من ملك ذلك فهو غني، والغني لا تحل له الصدقة، لكن قد يقال: إن ظاهر كلام الخرقي رحمه الله أن من له حرفة ولا يملك خمسين درهماً، أو من يملك، دون الخمسين درهماً ولا حرفة له، أن له أخذ الزكاة، وإن كان ذلك يقوم بكفايته، وليس كذلك، إذ من حصلت له الكفاية بصناعة أو غيرها، ليس له أخذ الزكاة بلا ريب، وإن لم يملك شيئاً، وكلام الخرقي فيه إيماء لذلك، إذ لفظ «الفقير والمسكين» يشعران بالحاجة، ومن له كفاية فليس بمحتاج ـ، والله أعلم.

قال: ﴿وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٦٠] وهم الجباة والحافظون لها.

ش: العمال على الزكاة هم الذين يبعثهم الإمام لجباية الصدقة، وحفظها، وكتابتها، وحسبها، ونقلها، ومن في معناهم، وهم السعاة.

٢٣٧٩ ـ وقد بعث النبي ﷺ جماعة، فبعث عمر، ومعاذا، وأبا موسى، ورجلاً من بني مخزوم، وغيرهم، وذكر أبو محمد من العمال الكيال، والوزان، والعداد، وقال في التلخيص: إن أجرة الكيال والوزان على المالك، وهو حسن، لأن ذلك من تمام التسليم الواجب على المالك، وقد يقال: مراد أبي محمد إذا احتيج إلى الكيال والوزان بعد ذلك، ويشترط للعامل البلوغ والعقل، والأمانة، لأنها ضرب من الولاية، والولاية يشترط فيها ذلك، ولعدم صحة قبض الصبي، والمجنون، وخوف ذهاب المال في يد الخائن، وفي اشتراط إسلامه، وكونه من غير ذوي القربى روايتان تقدمتا، ولا يشترط حريته، ولا فقره، ولا فقهه، والله أعلم.

قال: ﴿وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ٦٠] وهم المشركون المتألفون على الإسلام.

ش: قد تقدم الكلام في المؤلفة، وأن حكمهم باق، وهم السادة المطاعون في قومهم وعشائرهم، وهم ضربان، مسلمون ومشركون، وهم قسمان، (قسم) يرجى إسلامه، وهو الذي ذكره الخرقي، فيعطى لتقوى نيته في الإسلام، ويميل إليه.

٢٣٨٠ ـ فعن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ لم يكن يسأل شيئاً على الإسلام إلا أعطاه، قال: فأتاه رجل فسأله، فأمر له بشاء كثيرة بين جبلين، من شاء الصدقة، فرجع إلى قومه، وقال: يا قوم أسلموا، فإن محمداً يعطي عطاء من لا يخشى الفاقة. رواه أحمد[1]، (وقسم) يخشى شره، فيعطى لكف شره وشر غيره معه.

(١) المسند ٣/١٠٨.

٢٣٨١ ـ فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن قوما كانوا يأتون النبي ﷺ، فإن أعطاهم مدحوا الإسلام، وقالوا: هذا دين حسن. وإن منعهم ذموا وعابوا. وأما المسلمون فعلى أربعة أضرب (الأول): قوم من سادات المسلمين، لهم نظراء من الكفار، إذا أعطوا رجي إسلام نظرائهم فيعطون.

٢٣٨٢ ـ لأن أبا بكر رضي الله عنه أعطى عدي بن حاتم والزبرقان مع حسن نياتهما. (الثاني): سادات يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم، فيعطون.

٢٣٨٣ ـ لأن النبي ﷺ أعطى عيينة بن حصن، والأقرع بن حابس، وغيرهما.

٢٣٨٤ ـ وعن عمرو بن تغلب، أن رسول الله ﷺ أعطى أناساً، وترك أناساً، فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبوا، فصعد المنبر، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «إني أعطي ناساً، وأدع ناساً، والذي أدع أحب إلي من الذي أعطي، أعطي أناساً لما في قلوبهم من الجزع والهلع، وأكل أناساً لما في قلوبهم من الغنى والخير، منهم عمرو بن تغلب»(١).

٢٣٨٥ ـ وعن أنس قال: حين أفاء الله على رسوله ﷺ أموال هوازن، طفق رسول الله ﷺ يعطي رجالاً من قريش مائة من الإبل، فقال أناس من الأنصار: يغفر الله لرسول الله ﷺ يعطي رجالاً من قريش مائة من الإبل، فقال أناس من الأنصار: يغفر الله لرسول الله ﷺ، يعطي قريشاً ويمنعنا، وسيوفنا تقطر من دمائهم، فقال رسول الله ﷺ: «إني أعطي رجالاً حديثي عهد بكفر، أتألفهم»(٢) متفق عليه.

(الثالث): قوم في طرف بلاد الإسلام إذا أعطوا دفعوا عن من يليهم من المسلمين، (الرابع): قوم إذا أعطوا جبوا الزكاة ممن لا يعطيهم إلا أن يخاف.

(تنبيهان): «أحدهما»: يقبل قوله في ضعف نيته في الإسلام، ولا يقبل قوله في أنه مطاع في قومه إلا ببينة (الثاني): «الشاء» جمع شاة «والهلع» تفسيره في قوله سبحانه: ﴿۞ إِنَّ ٱلْإِنسَٰنَ خُلِقَ هَلُوعًا ﴿١٩﴾ إِذَا مَسَّهُ ٱلشَّرُّ جَزُوعًا ﴿٢٠﴾ وَإِذَا مَسَّهُ ٱلْخَيْرُ مَنُوعًا ﴿٢١﴾﴾ [المعارج: ١٩ـ ٢١].

٢٣٨٦ ـ يروى عن الأصمعي أنه سئل عن تفسير الهلوع، فقال للسائل: اقرأ الآية. «والحديث العهد» بالشيء القريب منه.

قال: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠]، وهم المكاتبون، وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يعتق منها.

ش: اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في المراد بالرقاب، (فروي عنه) ـ

(١) أخرجه البخاري حديث ٩٢٣، وأحمد ٥/ ٦٩.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٣١٤٦، ومسلم ٧/ ١٥٠.

واختاره الخلال ـ أنهم المكاتبون فقط، ورجع عن القول بالعتق، قال في رواية صالح: كنت أذهب إلى أن يعتق ثم جبنت عنه. لأنه يجر ولاءه، ويكون له منفعته، وقال في رواية محمد بن موسى: كنت أقوله ثم هبته. وقال في رواية ابن القاسم وسندي: قد جبنت. وذلك لأن ظاهر الآية الكريمة يقتضي كونهم على صفة يوضع سهمهم فيها، وهذا في المكاتبين، لأن سهمهم يدفع إليهم، وما يقال من أن تقدير الآية: وفي حرية الرقاب. يقال: هذا فيه إضمار والأصل عدمه، (وروي عنه) أنه العتق فقط، لأن الظاهر من إطلاق الرقبة الرقبة الكاملة، وحقيقة ذلك في العتق، لأن المكاتب وجد فيه سبب الحرية، (وروي عنه) ـ واختاره القاضي في التعليق وغيره ـ أن المراد من الرقاب المكاتبون، وافتداء الأسرى، والعتق، لأن قوله: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ يدخل تحته المكاتبون، والعبد القن.

٢٣٨٧ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنه: لا بأس أن يعتق من زكاة ماله، ذكره عنه أحمد والبخاري.

٢٣٨٨ ـ وعن البراء بن عازب رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: دلني على عمل يقربني من الجنة، ويباعدني من النار، فقال: «أعتق النسمة، وفك الرقبة» فقال: يا رسول الله أوليسا واحداً؟ قال: «لا، عتق النسمة أن تنفرد بعتقها، وفك الرقبة أن تعين في ثمنها»[١] رواه أحمد، والدارقطني، وإذا ثبت الحكم في المكاتب، والعبد القن، ففي افتداء الأسير بطريق الأولى، لأنه تخليص رقبته من يد كافر، وهو أولى من تخليص الرقبة من يد مسلم.

وشرط المكاتب أن يكون مسلماً، وأن لا يجد وفاء، ويجوز الدفع إليه قبل حلول النجم، على أشهر القولين، وشرط المعتق أن لا يعتق بالشراء، نص عليه أحمد رحمه الله والله أعلم.

قال: فما رجع من الولاء رد في مثله.

ش: يعني يعتق به أيضاً، وقد تقدم حكم هذه المسألة فيما إذا أعتق عبداً سائبة، إذ المسألتان حكمهما واحد، والله أعلم.

قال: ﴿وَٱلۡغَٰرِمِينَ﴾ وهم المدينون، العاجزون عن وفاء دينهم.

ش: المدين العاجز عن وفاء دينه غارم بلا ريب، وشرط الدفع إليه أن يكون غرمه في مباح، أما إذا كان في محرم فلا يجوز الدفع إليه قبل التوبة بلا ريب، حذارا من الإعانة على المعصية، وفيما بعد التوبة وجهان، (الجواز) وهو المذهب، اختاره القاضي، وابن عقيل، وأبو البركات، وصاحب التلخيص، وغيرهم، نظراً إلى زوال أثر الذنب بالتوبة، إذ التوبة تجب ما قبلها، (والمنع) حسما للمادة، لاحتمال العود ثقة بالوفاء.

(١) أخرجه أحمد ٤/ ٢٩٩، والدارقطني ٢/ ١٣٥.

ومن الغارمين ضرب غرم لإصلاح ذات البين، وهو أن يقع بين الحيين أو أهل القريتين عداوة، يتلف فيها نفس أو مال، ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك، فيتحملها إنسان، فيجوز الدفع إليه وإن قدر على الوفاء، لأن إعطاءه لمصلحتنا.

٢٣٨٩ ـ وفي مسلم، وسنن أبي داود، والنسائي عن قبيصة بن مخارق الهلالي رضي الله عنه قال: تحملت حمالة، فأتيت رسول الله ﷺ أسأله فيها، فقال: «أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها» ثم قال: «يا قبيصة إن المسألة لا تحل لأحد إلا لأحد ثلاثة، رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله، فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً عن عيش ـ أو قال ـ: سداداً من عيش ـ ورجل أصابته فاقة، حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجى من قومه: لقد أصابت فلاناً فاقة. فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش ـ أو قال: سداداً من عيش ـ فما سواهن من المسألة يا قبيصة فسحت يأكلها صاحبها سحتا»(١) انتهى. أما من تحمل لضمان أو كفالة، فحكمه حكم من غرم لمصلحة نفسه، فلا يعطى مع الغنى، وقيل: بل حكمه حكم من غرم لإصلاح ذات البين، فيعطى وإن كان غنياً، بشرط أن يكون الأصل معسرا.

(تنبيهان): «أحدهما»: إذا أراد الدفع إلى الغارم فهل يجب الدفع إليه ليقضي دينه، أو يجوز الدفع إلى غريمه وفاء عن الدين؟ فيه روايتان، أنصهما الجواز «الثاني» «الحمالة» بفتح الحاء، والله أعلم.

قال: وسهم في سبيل الله، وهم الغزاة، يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح وما يتقوون به على العدو، وإن كانوا أغنياء.

ش؛ لا خلاف أن الغزاة من السبيل، اعتماداً على العرف في ذلك، ونظراً إلى أن عامة ما ورد في القرآن كذلك، ويجوز الدفع إليهم وإن كانوا أغنياء كما تقدم، ويشترط كونهم من غير أهل الديوان، ويقبل قوله في إرادة الغزو، وهل يجوز للمزكي أن يشتري الدواب، والسلاح، ونحوهما، ويدفعها إليه، أو يجب أن يدفع إليه المال، ليشتري هو بنفسه؟ فيه روايتان، أشهرهما الثانية، والله أعلم.

قال: ويعطي أيضاً في الحج، وهو ممن سبيل الله تعالى.

ش: هذا منصوص أحمد في رواية الميموني، والمروذي، وعبد الله، واختاره القاضي في التعليق وجماعة.

٢٣٩٠ ـ لما روي عن أم معقل الأسدية رضي الله عنها، أن زوجها جعل بكراً في سبيل الله، وأنها أرادت العمرة، فسألت زوجها البكر، فأبى، فأتت النبي ﷺ، فذكرت ذلك له، فأمره أن يعطيها، وقال رسول الله ﷺ: «الحج والعمرة في سبيل

---

(١) أخرجه مسلم ٧/ ١٣٣، وأبو داود حديث ١٦٤٠، والنسائي ٥/ ٨٩، وأحمد ٣/ ٤٧٧.

الله» رواه أحمد[١].

٢٣٩١ ـ وعن أبي لاس الخزاعي رضي الله عنه، قال: حملنا النبي ﷺ على إبل الصدقة إلى الحج. رواه أحمد[٢]، وذكره البخاري تعليقاً.

٢٣٩٢ ـ وعن ابن عمر أنه قال: الحج من سبيل الله. وعن ابن عباس نحوه، (وعن أحمد) رواية أخرى أن الحج ليس من السبيل، اختارها أبو محمد، اعتماداً على أن العرف في إطلاق السبيل إرادة الغزو، ونظراً إلى أن المعطى من الأصناف إما لمصلحته كالفقير، والمسكين، والمكاتب والغارم لقضاء دينه، أو لمصلحتنا كالعامل، والغازي، والمؤلف، والغارم لإصلاح ذات البين، والحج لا نفع للمسلمين فيه، ولا للفقير، لعدم وجوب الحج عليه، وأجاب القاضي بأن له فيه مصلحة، لأنه يسقط به فرضاً ماضياً أو مستقبلاً. انتهى، وقد يقال: إنه من مصلحتنا، لما فيه من الاهتمام بهذا الشعار العظيم.

(تنبيه): إذا قلنا: يعطى في الحج. فشرط المدفوع إليه الفقر، على ما جزم به الشيخان وغيرهما، وهو أحد احتمالي صاحب التلخيص، وأبو البركات، وغيرهم، والله أعلم.

قال: (وابن السبيل) وهو المنقطع به، وله اليسار في بلده، فيعطى من الصدقة ما يبلغه.

ش: ابن السبيل المسافر الذي ليس معه ما يوصله إلى بلده، وإن كان له اليسار في بلده، هذا هو المذهب المنصوص المعروف، اعتماداً على حقيقة اللفظ، إذ حقيقة اللفظ أن ابن السبيل هو المسافر، لملازمته للسبيل، دون منشىء السفر من بلده، فإنه إنما يصير ابن السبيل في المآل، (وعن أحمد) رحمه الله ما يدل على جواز الدفع لمن أراد إنشاء السفر نظراً إلى أنه إنما يأخذ لسفر مستقبل، إذ الماضي قد انقضى حكمه، فإن كان ابن السبيل مجتازاً، يريد بلداً غير بلده، فظاهر كلام الخرقي ـ وهو قول عامة الأصحاب ـ أنه يجوز أن يدفع إليه ما يكفيه في مضيه إلى مقصده، ورجوعه إلى بلده، بشرط كون السفر جائزاً، إما قربة كالحج ونحوه، وإما مباحاً كالتجارة ونحوها، ولا يجوز الدفع في سفر المعصية، وفي سفر النزهة وجهان، (الجواز) لعدم المعصية، (والمنع) لعدم الحاجة إليه، واختار أبو محمد منع الإعطاء لمن أراد غير بلده، لأن احتياجه إلى بلده آكد، فلا يلحق به غيره، والله أعلم.

قال: وليس عليه أن يعطي لكل هؤلاء الأصناف، وإن كانوا موجودين، وإنما عليه أن لا يجاوزهم.

---

(١) المسند ٦/ ٤٠٥.

(٢) المسند ٤/ ٢٢١.

ش: قد تقدمت هذه المسألة وحكمها في الزكاة، فلا حاجة إلى إعادته، ونزيد هنا أنه إذا اجتمع في واحد سببان، جاز له الأخذ بكل منها، كغارم وفقير، يعطى لغرمه، ثم ما يغنيه، والله أعلم.

قال: ولا يعطى من الصدقة المفروضة لبني هاشم، ولا لمواليهم، ولا للوالدين وإن علوا، ولا للولد وإن سفل، ولا للزوج، ولا للزوجة، ولا لمن تلزمه مؤنته، ولا لكافر، ولا للمملوك، إلا أن يكونوا من العاملين، فيعطون بحق ما عملوا، ولا لغني، وهو الذي يملك خمسين درهماً، أو قيمتها من الذهب.

ش: قد تقدمت هذه المسائل مستوفاة في الزكاة، فلا حاجة إلى إعادتها، والله أعلم.

قال: وإذا تولى الرجل إخراج زكاته سقط العاملون.

ش: قد تقدمت هذه المسألة أيضاً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب النكاح

ش: النكاح في كلام العرب الوطء قاله الأزهري، وسمي التزويج نكاحاً لأنه سبب الوطء، قال أبو عمر غلام ثعلب: الذي حصلناه عن ثعلب عن الكوفيين، والمبرد عن البصريين أن النكاح في أصل اللغة هو اسم للجمع بين الشيئين. قال الشاعر(١):

أيها المنكح الثريا سهيلا عمرك الله كيف يجتمعان

وقال الجوهري: النكاح الوطء، وقد يكون العقد. وعن الزجاجي: النكاح في كلام العرب بمعنى الوطء والعقد جميعاً، وقال ابن جني عن شيخه الفارسي: فرقت العرب فرقاً لطيفاً يعرف به موضع العقد من الوطء، فإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته. لم يريدوا إلا المجامعة. (قلت) وظاهر هذا الاشتراك كالذي قبله، وأن القرينة تعين.

وأما في الشرع فقيل: العقد، فعند الاطلاق ينصرف إليه، اختاره ابن عقيل، وابن البنا، وأبو محمد، والقاضي في التعليق، في كون المحرم لا ينكح، لما قيل له: إن النكاح حقيقة في الوطء قال: إن كان في اللغة حقيقة في الوطء، فهو في عرف الشرع للعقد، وذلك لأنه الأشهر في الكتاب والسنة، ولهذا ليس في الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطء إلا قوله: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] على المشهور، ولصحة نفيه عن الوطء، فيقال. هذا سفاح وليس بنكاح. وصحة النفي دليل المجاز. قال القاضي في المجرد: الأشبة بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج، لدخولها في قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] الآية وذلك لورودهما في الكتاب العزيز، والأصل في الإطلاق الحقيقة، وقال القاضي في العدة، وأبو الخطاب، وأبو يعلى الصغير: هو حقيقة في الوطء، مجاز في العقد، وذلك لما تقدم عن الأزهري، وعن غلام ثعلب، والأصل عدم النقل، قال أبو الخطاب: وتحريم من عقد عليها الأب استفدناه بالإجماع والسنة.

وهو مشروع بالإجماع القطعي في الجملة، وسنده قول الله سبحانه: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣] وقوله: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

---

(١) البيت من الخفيف، وهو لعمر بن أبي ربيعة في ديوانه ص ٥٠٣.

٢٣٩٣ ـ وفي الصحيحين وغيرهما عن علقمة قال: كنت أمشي مع عبد الله بمنى، فلقيه عثمان فقام معه يحدثه، فقال له عثمان: يا أبا عبد الرحمن ألا نزوجك جارية شابة تذكرك بعض ما مضى من زمانك؟ قال: فقال عبد الله: لئن قلت ذلك، لقد قال لنا رسول الله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء»(١) وغير ذلك مما لا يحصى كثرة.

ثم النكاح على الطريقة المشهورة تارة يجب، كما إذا خاف الزنا بتركه، وتارة يسن على المشهور من الروايتين، كالأمن من السابق، والثانية ـ واختاره أبو بكر والبرمكي ـ يجب، وتارة يباح على رواية، اختارها القاضي في النكاح من المجرد، وابن عقيل في التذكرة، وابن البنا، ويستحب على أخرى، واختاره القاضي في الطلاق من المجرد، وهو إذا لم يتق إليه لكبر، أو مرض أو غير ذلك، وللأصحاب طرق غير ذلك، ومن أحسنها قول القاضي أبي يعلى الصغير أنه فرض كفاية، وحيث قيل بالوجوب هل يندفع بالتسري؟ فيه وجهان.

(تنبيه) في الباءة أربع لغات، «باءة» بالمد، مثال «باعة» «وباء» بالمد أيضاً بلا هاء «وباهة» بلا مد، وبالهاء والتاء، و «باه» بلا مد مقصوراً أيضاً، وأصل الباه في اللغة المنزل، ثم قيل لعقد النكاح، لأن من تزوج امرأة بوأها منزلاً، وقد يسمى النكاح نفسه باه، والمراد في الحديث والله أعلم الأول وإلا فلا حاجة إلى الصوم «والوجاء» ـ بكسر الواو ممدوداً ـ رض الأنثيين، أي أن الصوم قاطع لشهوة النكاح كالوجاء، والله أعلم.

قال ولا ينعقد النكاح إلا بولي.

ش: هذا هو المذهب المنصوص، والمعروف عند الأصحاب، لا يختلفون في ذلك.

٢٣٩٤ ـ وذلك لما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه قال: إن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي»(٢) رواه الخمسة إلا النسائي، وصححه ابن المديني وغيره، وهو نفي للحقيقة الشرعية، أي لا نكاح شرعي، أو موجود في الشرع، إلا بولي.

٢٣٩٥ ـ وعن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»(٣) رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي وحسنه،

---

(١) أخرجه البخاري حديث ١٩٠٥، ومسلم ١٠/ ١٧١.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٨٥، وابن ماجه حديث ١٨٨١، وأحمد ٤/ ٣٩٤.
(٣) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٨٣، وأحمد ٦/ ٤٧.

وقال المروذي: سألت أحمد ويحيى عن حديث سليمان بن موسى: «لا نكاح إلا بولي» فقالا صحيح، ولأن ذلك قول جمهور الصحابة.

٢٣٩٦ ـ روي معنى ذلك عن علي، وأبي هريرة رواه الدارقطني، وعن عمر، وابن عباس، وحفصة، رواه الشالنجي، وعن أبي سعيد الخدري، رواه أبو بكر، وعن ابن مسعود، وابن عمر، وادعى القاضي أنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم.

وحكى طائفة من الأصحاب عن أحمد رواية بعدم اشتراط الولي مطلقاً، وأبو محمد خص الرواية بحال العذر، كما إذا عدم الولي والسلطان، واختلف في مأخذ الرواية، فابن عقيل أخذها من قول أحمد في دهقان القرية: يزوج من لا ولي لها، إذا احتاط لها في المهر والكفؤ، وغلطه أبو العباس في ذلك، قلت لأن دهقان القرية هو كبيرها، فهو بمنزلة حاكمها، والقائم بأمرها، وأخذها ابن أبي موسى من رواية أن المرأة تزوج أمتها ومعتقتها.

وبالجملة استدل لعدم الاشتراط بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] فأضاف النكاح إليهن، ونهى عن منعهن منه، وظاهره أن المرأة يصح أن تنكح نفسها، ونحوه قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٤] فأباح سبحانه فعلها في نفسها من غير شرط الولي.

٢٣٩٧ ـ يؤيده قوله ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر»[١].

٢٣٩٨ ـ وأيضاً روي أن النبي ﷺ لما خطب أم سلمة قالت: ليس أحد من أوليائي حاضراً. فقال: «ليس من أوليائك حاضر ولا غائب إلا ويرضاني» فقالت لابنها عمر بن أبي سلمة ـ وكان صغيراً ـ: قم فزوج رسول الله ﷺ[٢]. فتزوج رسول الله ﷺ بغير ولي، وإنما أمرت ابنها بالتزويج على وجه الملاعبة، إذ قد نقل أهل العلم بالتأريخ أنه كان صغيراً قبل ست سنين، وبالإجماع لا تصح ولاية مثل ذلك، ولهذا قالت: ليس أحد من أوليائي حاضراً.

٢٣٩٩ ـ وأيضاً قصة صاحب الإزار فإنه ﷺ قال له: «زوجتكما» ولم يسأل هل لها ولي أم لا.

واعترض على حديث أبي موسى بأن محمد بن الحسن روى عن أحمد أنه سئل عن النكاح بغير ولي يثبت فيه شيء عن النبي ﷺ؟ فقال: ليس يثبت عندي فيه شيء عن النبي ﷺ، ثم هو محمول على نفي الكمال، ثم يقال بموجبه، وأن نكاح المرأة نفسها نكاح بولي، والنكاح بغير ولي نكاح المجنونة والصغيرة، إذ لا ولاية لهم على

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢١٠٠، والنسائي ٦/ ٨٥.
(٢) أخرجه النسائي ٦/ ٨١، وأحمد ٦/ ٢٩٥.

أنفسهم، وعن حديث عائشة بأن راويه سليمان بن موسى وقد ضعفه البخاري، وقال النسائي: في حديثه شيء، وقال أحمد في رواية أبي طالب: حديث عائشة: «لا نكاح إلا بولي» ليس بالقوي، وقال في رواية المروذي: ما أراه صحيحاً، لأن عائشة فعلت بخلافه، قيل له: فلم تذهب إليه؟ قال: أكثر الناس عليه. ثم إن ابن جريج نقل عن الزهري أنه أنكر الحديث، قال أحمد ـ في رواية أبي الحارث ـ: لا أحسبه صحيحاً، لأن إسماعيل قال: قال ابن جريج: لقيت الزهري فسألته فقال: لا أعرفه. ويقوي الإنكار أن الزهري قال بخلاف ذلك قاله أحمد وغيره، ثم مفهوم الحديث أنه يصح نكاحها بإذن وليها، واعترض على إجماع الصحابة بفعل عائشة، كما تقدم عن أحمد، وقال في رواية أخرى: لا يصح الحديث عن عائشة، لأنها زوجت بنات أخيها.

٢٤٠٠ ـ وقد روى الشالنجي بإسناده عن القاسم قال: زوجت عائشة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر من ابن الزبير، فقدم عبد الرحمن فأنكر ذلك، وقال: مثلي يفتات عليه؟ فقالت عائشة: أو ترغب عن ابن الحواري.

وأجيب عن الآية الأولى بأنها حجة لنا، لأنه سبحانه خاطب الأولياء، ونهاهم عن العضل وهو المنع، وهو شامل للعضل الحسي والشرعي، لأنه اسم جنس مضاف، وهذا يدل على أن العضل يصح منهم دون الأجانب.

٢٤٠١ ـ ثم الآية نزلت في معقل بن يسار، حين امتنع من تزويج أخته، فدعاه النبي ﷺ فزوجها، ولو لم يكن لمعقل ولاية، وأن الحكم متوقف عليه، لما عوتب في ذلك، وإضافة النكاح إليها لتعلقه بها، وكذلك الجواب عن الآية الثانية، ثم سياقها في أنها لا تحل للزوج الأول إلا بعد نكاح، وعن الثالثة بأن الفعل بالمعروف أن يكون بولي، وقوله ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر» نقول به، إذ لا أمر له معها، إذ حقيقة الأمر ما وجب على المأمور امتثاله، والثيب لا تجبر على النكاح، وافتقار نكاحها إلى الولي لا يقتضي أن يكون له عليها أمر، وأما تزوجه بأم سلمة فمن خصائصه، قال أحمد ـ في رواية الميموني، وقد سئل: من زوج النبي ﷺ؟ فقال ـ: يقولون: النجاشي. فقيل له: يقولون: النجاشي أمهرها؟ وأراد الذي سأله بهذا حجة على من قال بالولي، فتغير وجه أبي عبد الله، وقال: يقوم مقام النبي ﷺ في هذا أحد؟ ﴿ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٦] وهو في النكاح ليس كغيره، وقضية صاحب الإزار قضية عين، محتمل أنه علم أنه لا ولي لها.

واعتراضاتهم أما على حديث أبي موسى فالصحيح المشهور عن أحمد تثبيته وتصحيحه، والحمل على نفي الكمال خلاف الظاهر، إذ الأصل والظاهر في النفي إنما هو لنفي الحقيقة، وهي هنا الشرعية، أي لا نكاح موجود في الشرع، وإطلاق الولي ينصرف إلى الذكر يقال: ولي وولية إذ هو فعيل بمعنى فاعل، فيفرق بين مذكره ومؤنثه.

٢٤٠٢ ـ مع أن الخلال روى في كتاب العلل «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها» وهذا يبين أن المراد بالولي غير المنكوحة، وأما حديث عائشة رضي الله عنها فسليمان بن موسى ثقة كبير، قال الترمذي: لم يتكلم فيه أحد من المتقدمين إلا البخاري وحده، لأحاديث انفرد بها، ومثل هذا لا يرد به الحديث، ولهذا كان المشهور، عن أئمة الحديث تصحيحه، وما نقل من إنكار الزهري فقد قال أحمد ويحيى: لم ينقل هذا عن ابن جريج غير ابن علية، قال ابن عبد البر: وقد أنكر أهل العلم ذلك من روايته، ولم يعرجوا عليها، ولو ثبت ذلك لم يقدح في الحديث، إذا رواه عنه ثقة، على المشهور من قولي العلماء، إذ النسيان لم يعصم منه إنسان.

٢٤٠٣ ـ قال ﷺ: «نسي آدم فنسيت ذريته»[1] ورد أحمد له كذلك هو على الرواية غير المشهورة عنه، من أن نسيان الراوي قادح، ولهذا كان المشهور عنه تصحيحه والأخذ به، ثم قد قيل: إنه كان في الحديث زيادة ذكرها سليمان بن موسى، فسئل الزهري عنها فقال: لا أحفظها، ولم يرد به أصل الحديث، ذكر ذلك ابن المنذر والأثرم في العلل، وكون الزهري وعائشة قالا بخلافه لا يضر، لجواز النسيان أو التأويل، إذ الاعتبار بما روى لا بما رأى، وتضعيف أحمد له كذلك هو أيضاً على خلاف المشهور عنه، والمعروف عن علماء الحديث.

٢٤٠٤ ـ ثم قد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت إذا أرادت أن تزوج أرسلت ستراً وقعدت وراءه وتشهدت، فإذا لم يبق إلا النكاح قالت: يا فلان أنكح، فإن النساء لا ينكحن، قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله هذا الحديث؟ فقال: روى ابن جريج قال: أخبرت عن عبد الرحمن. مرسلاً كذا، وابن إدريس يقول عن ابن جريج، عن عبد الرحمن عن القاسم، لا يقول: أخبرت. وقول الراوي: إذا أرادت أن تزوج. أي تشهد النكاح، لأجل المشاورة، وقوله: قالت: يا فلان أنكح. أي في إمائها ونحو ذلك.

(تنبيه) «اشتجروا» التشاجر الخصومة، والمراد به ـ والله أعلم ـ المنع من العقد، دون المشاحة في العقد، إذ مع المشاحة فيه يقدم الأقرب فالأقرب، ومع الاستواء العقد لمن سبق، وتقديم أحدهم بالقرعة، تقديم أولوية على الصحيح، والله أعلم.

قال: وشاهدين من المسلمين.

ش: أي لا ينعقد إلا بشاهدين من المسلمين، وهذا هو المشهور عن أحمد، رواه الجماعة، واختاره الأصحاب.

٢٤٠٥ ـ لأن في بعض طرق حديث عائشة «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل» ذكره الدارقطني[2] عن عيسى بن يونس، عن ابن

(١) أخرجه الترمذي ٣٢٩٢.
(٢) سنن الدارقطني ٣/ ٢٢٥.

جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، عن النبي ﷺ.

٢٤٠٦ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة» رواه الترمذي[١] وقال: لم يرفعه غير عبد الأعلى، ووقفه مرة، والوقف أصح. قال بعض الحفاظ: وعبد الأعلى ثقة، فيقبل رفعه وزيادته.

٢٤٠٧ ـ وروى مالك في الموطأ[٢] عن أبي الزبير المكي، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح السر، ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمته وخص النكاح ـ والله أعلم ـ باشتراط الشهادة، دون غيره من العقود، لما فيه من تعلق حق غير المتعاقدين، وهو الولد.

وعن أحمد رواية أخرى: وينعقد بدون شهادة، ذكرها أبو بكر في المقنع، وجماعة.

٢٤٠٨ ـ لأن النبي ﷺ أعتق صفية، وتزوجها بغير شهود[٣]، وقال للذي تزوج الموهوبة «زوجتكها بما معك من القرآن»[٤] ولم ينقل أنه أشهد.

٢٤٠٩ ـ واحتج أحمد بأن ابن عمر زوج بلا شهود، ويروى ذلك أيضاً عن ابن الزبير، والحسن بن علي رضي الله عنهم، ولأنه عقد معاوضة، أشبه البيع، وما تقدم من الحديث، قال أحمد ـ في رواية الميموني ـ: لم يثبت عن النبي ﷺ في الشاهدين شيء، وكذا قال ابن المنذر.

ويجاب بأن تزويجه بلا شهود من خصائصه كما تقدم في الولي، وقضية الموهوبة قضية عين، والأحاديث يتقوى بعضها ببعض، واعلم أن النص في هذه الرواية عن أحمد مطلق، ولذلك أطلقه الجمهور، وقيده أبو البركات بما إذا لم يكتموه، فإذاً مع الكتم تشترط الشهادة رواية واحدة، وهو ـ والله أعلم ـ من تصرفه، وكذلك جعله ابن حمدان قولاً.

وقول الخرقي: من المسلمين. يقتضي اشتراط الإسلام في الشاهدين، وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وخرج بذلك شهادة أهل الذمة وإن كانت المرأة ذمية وهو المنصوص والمشهور عند الأكثرين، وقيل: إن قبلنا شهادة بعضهم على بعض صح بشهادة أهل الذمة، وقد يخرج أيضاً بقوله شهادة النساء، وليس بالبين، وبالجملة المذهب أن شهادتهن لا تعتبر في النكاح.

٢٤١٠ ـ قال الزهري: مضت السنة من رسول الله ﷺ أن لا تجوز شهادة النساء

(١) الجامع الصغير ١١٠٩.
(٢) الموطأ ٢/ ٦٩.
(٣) أخرجه البخاري حديث ٣٧١، ومسلم ٩/ ٢٢٣.
(٤) أخرجه البخاري حديث ٢٣١٠، ومسلم ٩/ ٢١١.

في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق. رواه أبو عبيد في كتاب أدب القضاة قاله القاضي ونقل عنه حرب إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز، فإن كان معهن رجل فهو أهون. فأثبت ذلك القاضي وجماعة من أصحابه رواية، ومنع ذلك أبو حفص العكبري وقال: قوله: هو أهون. يعني في اختلاف الناس، (ودخل) في كلام الخرقي العبد والأعمى وهو كذلك، وكذلك الأخرس، وهو صحيح إن قبل الأداء منه بالخط وإلا فلا، لعدم إمكان الأداء، (ودخل) أيضاً مستور الحال، وهو المشهور من الوجهين، وإن لم نقبله في الأموال، قطع به القاضي في المجرد، وفي التعليق في الرجعة، وابن عقيل حاكياً له عن الأصحاب، والشيرازي وابن البنا وأبو محمد وغيرهم لتعذر البحث عن عدالة الشهود في الباطن غالباً، لوقوع النكاح في البوادي، وبين عوام الناس «والوجه الثاني»: لا بد من العدالة الباطنة كغيره، وهو احتمال للقاضي في التعليق بعد أن أقر أنه لا يعرف الرواية عن الأصحاب، (ودخل) أيضاً الفاسق لأنه مسلم، وهو رواية عن أحمد، والمنصوص عنه أنه لا ينعقد بفاسقين، وتعجب من قول أبي حنيفة في ذلك (ودخل) أيضاً في كلامه عدو الزوج أو المرأة أو الولي أو متهم لرحم من أحدهم، وهو أحد الوجهين في الجميع، (وقد يدخل) في كلامه المراهق وهو إحدى الروايتين، والمذهب اشتراط البلوغ، ولا يرد عليه الطفل والمجنون والأصم، لخروجهم عقلاً وعرفاً، وقد يقال: قول الخرقي: شاهدين. أحال فيه على الشهادات وأنه لا بد من شروط الشهادة المعتبرة أيضاً، لكن يبقى قوله: من المسلمين. ضائعاً.

(تنبيه): البغايا الزواني، والله أعلم.

قال: وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها.

ش: هذا هو المذهب بلا ريب، لأنه أكمل نظراً، وأشد شفقة، ولهذا اختص بولاية المال، وجاز شراؤه من مال ولده وبيعه له من ماله بشرطه، ولأن الولد موهوب لأبيه، قال الله تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُۥ يَحْيَىٰ﴾ [الأنبياء: ٩٠] وقال إبراهيم عليه السلام: ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى وَهَبَ لِى عَلَى ٱلْكِبَرِ إِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ﴾ [إبراهيم: ٣٩].

٢٤١١ ـ وقال النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»(١) وإذاً تقديم الأب الموهوب له على الابن الموهوب أولى من العكس، وحكى ابن المنى في تعليقه قولاً بتقديم الابن على الأب كما في الميراث والله أعلم.

قال: ثم أبوه وإن علا.

ش: هذا أشهر الروايتين، وهو المذهب عند العامة، الخرقي، وأبي بكر، والقاضي، وجمهور أصحابه وغيرهم، لأن له إيلاداً وتعصيباً أشبه الأب، (والرواية الثانية) تقديم الابن عليه، اختارها ابن أبي موسى، والشيرازي، كما في الميراث،

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٥٣٠، وابن ماجه حديث ٢٢٩٢، وأحمد ٢/ ١٧٩، ٢٠٤.

وعلى هذه هل يقدم الجد على الأخ لامتيازه بالإيلاد، أو الأخ على الجد لإدلائه بالبنوة، وهي ـ والحال هذه ـ مقدمة على الأبوة في الجملة، أو هما سواء، لامتياز كل واحد منهما بمرجح؟ فيه ثلاث روايات، أما على الأولى فالجد مقدم على الأخ بلا ريب، والله أعلم.

قال: ثم ابنها وابنه وإن سفل.

ش: وذلك لأنه يقدم على الأخ ومن بعده في الميراث، فكذلك هنا، وقد فهم من كلام الخرقي أن للابن ولاية، وقد نص عليه أحمد في رواية الجماعة.

٢٤١٢ ـ لحديث أم سلمة لما بعث إليها النبي ﷺ يخطبها قالت: ليس أحد من أوليائي شاهداً. فقال رسول الله ﷺ: «ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك»(١) رواه أحمد والنسائي فقوله: «ليس أحد من أوليئك شاهد» يدل على أن لها ولياً شاهداً أي حاضراً في الجملة، وقول أم سلمة: ليس أحد من أوليائي أنها قالت ذلك لأن وجوده كالعدم لعدم مباشرته للعقد، لأنه كان صغيراً، فإن النبي ﷺ تزوجها سنة أربع، وقال ابن الأثير: كان عُمْرُ عُمَرَ حين مات النبي ﷺ تسع سنين. وأنه ولد سنة اثنين من الهجرة. وعلى هذا يكون عمره حين التزويج سنتين، أو ثلاث سنين، وقول أحمد في رواية الأثرم ـ وقد سأله: أليس كان صغيراً ـ قال: ومن يقول كان صغيراً؟ ليس فيه بيان، يحتمل أنه إنما أنكر أن يكون في الحديث بيان، والبيان قد يكون في حديث آخر، والله أعلم.

قال: ثم أخوها لأبيها وأمها.

ش: قياساً على الميراث والله أعلم.

قال: والأخ للأب مثله.

ش: هذا منصوص أحمد في رواية صالح وحرب وأبي الحارث، وهو المذهب عند الجمهور الخرقي، وابن أبي موسى، والقاضي، والشريف، وأبي الخطاب، وابن عقيل، والشيرازي، وابن البنا وغيرهم، لأنهما استويا في الجهة التي تستفاد منها الولاية وهي العصوبة التي من جهة الأب، فاستويا في النكاح، كما لو كانا من أب، وقرابة الأم لا ترجح، لأنها لا مدخل لها في النكاح.

وعن أحمد رواية أخرى حكاها طائفة من الأصحاب وصححها أبو محمد أن الأخ للأبوين يقدم على الأخ للأب، قياساً على الميراث، وعلى استحقاق الميراث بالولاء، فإنه يقدم فيه الأخ من الأبوين على الأخ من الأب، وإن كان النساء لا مدخل لهن فيه، واعلم أن القاضي وكثيراً من أصحابه حكوا ذلك عن أبي بكر، ولم يذكروا عن أحمد نصاً.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٣٩٨.

(تنبيه) هذا الخلاف جار في بني الإخوة والأعمام، فإن ابن الأخ للأبوين مقدم على ابن الأخ للأب على الثاني، مساو له على الأول، أما إذا كانا ابني عم أحدهما أخ لأم فقال القاضي وطائفة من أصحابه هما على ما تقدم من الخلاف في ابن عم من أبوين وابن عم من أب، وقال أبو محمد هما سواء، لأنهما استويا في التعصيب، والإرث به، وجهة الأم والحال هذه يورث بها منفردة، وما ورث به منفرداً لا يرجح به، والله أعلم.

قال: ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم العمومة، ثم أولادهم، ثم عمومة الأب.

ش: ملخصه أنه يقدم بعد الإخوة الأقرب فالأقرب من العصبات، على ترتيب الميراث، قياساً عليه، إذ الولاية مبناها على النظر والشفقة، ومظنة ذلك القرابة، والأحق بالميراث هو الأقرب، فيكون أحق بالولاية. والله أعلم.

قال: ثم المولى المنعم، ثم أقرب عصبته.

ش: وذلك لأنهم عصبات يرثون ويعقلون، فكذلك يزوجون، وقدم عليهم المناسبون كما في الميراث والأقرب هنا هو الأقرب في الميراث، فيقدم ابن المعتق على أبيه وإنما قدم الأب المناسب ثم على الابن لزيادة شفقته، وكمال نظره، وهنا النظر لأقوى العصبة. والله أعلم.

قال: ثم السلطان.

ش: لحديث عائشة رضي الله عنها: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»(١)، والسلطان هو الإمام أو من فوض إليه ذلك كالحاكم ونوابه، واختلف في والي البلد (فعنه) لا يزوج، وهو الأشهر (وعنه) يزوج عند عدم القاضي إلا أن القاضي حمل الرواية على أنه أذن له في التزويج، وأبو العباس حملها على ظاهرها نظراً للضرورة.

وقد دل كلام الشيخ وعامة الأصحاب أنه لا ولاية لغير من ذكر، فيدخل في ذلك من أسلمت المرأة على يديه لا يلي نكاحها، وهو المشهور من الروايتين (والثانية) يليه على أنه يرثها.

(تنبيه) إذا لم يكن للمرأة ولي (فعنه) ـ وهو ظاهر كلام الأصحاب ـ أنه لا بد من الولي مطلقاً حتى أن القاضي أبا يعلى الصغير قال في رجل وامرأة في سفر ليس معهما ولي ولا شهود: لا يجوز أن يتزوج بها وإن خاف الزنا بها، قال أبو محمد: (وعنه) ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل، وأخذ ذلك من نصه في دهقان القرية وقد تقدم (قلت): وهو إنما يدل على أنه يزوج كبير البلدة، وهو شبيه بقوله: يزوج والي البلد إذا لم يكن قاض، لكن ينبغي أن يكون الوالي مقدماً على هذا، لأنه ذو سلطان. والله أعلم.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٣٩٥.

قال: ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً.

ش: لأنه نائبه وقائم مقامه فعلى هذا يقوم مقامه في الإجبار وعدمه، وقد تضمن هذا صحة التوكيل في النكاح ولا إشكال في ذلك، فقد وكل النبي ﷺ أبا رافع في تزويج ميمونة، ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويج أم حبيبة وظاهر إطلاق الخرقي يقتضي أن لا يشترط إذن المرأة في التوكيل، ولا نزاع في ذلك إن كان الولي مجبراً، وكذا إن لم يكن مجبراً على اختيار الشيخين وغيرهما، وخرجه ابن عقيل في الفصول تبعاً لشيخه في المجرد على روايتي توكيل من غير إذن الموكل والله أعلم.

قال: وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً أو عبداً أو كافراً زوجها الأبعد من عصبتها.

ش: إذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً زوج الأبعد، لأن الولاية تثبت نظراً للمولي عليه، عند عجزه عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر، ولا يلي لنفسه، فغيره أولى، وفي معنى ذلك من لا عقل له لكبر كالشيخ إذا أفند، أو لجنون مطبق، أما من يخنق في الأحيان فلا تزول ولايته، لزوال ذلك عن قرب، وكذلك المغمى عليه بطريق الأولى، وهو الذي قطع به أبو محمد، لأن مدته يسيرة، أشبه النوم، ولذلك لا تثبت الولاية عليه، ويجوز على الأنبياء عليهم السلام وحكى ابن حمدان وجهاً بزوالها. انتهى.

وقول الخرقي: طفلاً يحتمل أن يريد به غير المميز، وهو ظاهر العرف، فعلى هذا تصح ولاية المميز، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، مقيداً له بابن عشر، لأنه تصح وصيته وعتقه وطلاقه، على الصحيح في الجميع، فأشبه البالغ، ويحتمل أن يريد الخرقي غير البالغ، وهو ظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ﴾ [النور: ٥٩] وهو الرواية الثانية، وهي المشهورة نقلاً واختياراً، لأن الولاية يعتبر لها الكمال، ومن لم يبلغ قاصر، لثبوت الولاية عليه. انتهى.

وإذا كان الأقرب من العصبة عبداً - وإن كان مدبراً أو مكاتباً - زوج الأبعد أيضاً بلا خلاف نعلمه، لأنه لا تثبت له الولاية على نفسه، فعلى غيره أولى، ولا يرد المكاتب يزوج أرقاءه في وجه، لأن ذلك ولاية بالملك، وهذه بالشرع، وولايات الشرع يعتبر لها الكمال (وكذلك) إن كان كافراً زوج الأبعد، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣] مفهومه أن الكافر لا يكون ولياً لمسلمة، وقد حكى ذلك ابن المنذر إجماعاً وكذلك الحكم في العكس.

وبالجملة يشترط في الولي أن يتفق دينه ودين موليته في الجملة، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى وخرج أبو العباس في اليهودي هل يكون ولياً لنصرانية وبالعكس روايتين من الروايتين في توارثهما.

وقول الخرقي: من عصبتها، فيه إشعار بأن الولي لا يكون إلا من العصبة، وهو صحيح نص عليه أحمد في رواية الجماعة.

٢٤١٣ ـ لقول علي رضي الله عنه: إذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى. يعني إذا أدركن رواه أبو عبيد في الغريب. (وعن أحمد) أن المرأة تلي بالعتق فقط، لأنها والحال هذه عصبة ترث بالتعصيب، فأشبهت الرجل المعتق، قلت: ويخرج في الملاعنة ونحوها كذلك انتهى، وقد علم من كلام الخرقي أنه يشترط للولي شروط (أحدها) العصوبة (والثاني) البلوغ، (والثالث) الحرية، (والرابع) اتفاق الدين، وفي البلوغ من كلامه تردد، ويشترط له أيضاً الرشد في العقد، بأن يعرف مصالح العقد ومضاره، فلا يضعها عند من لا يحفظها ولا يكافئها، إذ المقصود من الولاية ذلك، (وهل) تشترط له العدالة؟ فيه روايتان (إحداهما) لا، فيلي الفاسق، وهو ظاهر إطلاق الخرقي، لأنه يلي نكاح نفسه فكذلك غيره، (والثانية) ـ وهي أنصهما، واختيار ابن أبي موسى، وابن حامد، والقاضي، وأصحابه وغيرهم ـ نعم.

٢٤١٤ ـ لما روى الشالنجي بإسناده عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس قال: لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد، أو سلطان. وروي معناه مرفوعاً من راوي جابر، رواه البرقاني ولأنها إحدى الولايتين، فنافاها الفسق كولاية المال، وعلى هذه يكتفى بمستور الحال، على ما جزم به أبو البركات، وأبو محمد في الكافي، وكثير من الأصحاب أطلق العدالة، فجعل ابن حمدان ذلك طريقتين، ثم حكى رواية ثالثة أن الفاسق يلي نكاح عتيقته فقط، قلت: كما قَبْلَ العتق، وقال أبو العباس: إذا قلنا: إن الولاية الشرطية تبقى مع الفسق ويضم إليه أمين فالولاية الشرعية أولى، وفيه نظر، إذ الولاية الشرطية يلحظ فيها حظ الموصي ونظره، فلنا حاجة إلى بقاء الموصى إليه، بخلاف هنا، فإنه لا حاجة بنا إلى بقاء الولاية، وكأن أبا العباس رحمه الله نظر إلى أنا إذا أبقينا وصية الأجنبي مع فسقه فالقريب أولى، لما انطوى عليه من الشفقة، لكن لا يطرد له هذا في الحاكم ونحوه.

وظاهر إطلاق المصنف أنه لا يشترط للولي النطق، وهو صحيح بشرط أن يفهم ويفهم، ولا البصر، وهو أصح الوجهين، لأن شعيباً زوج ابنته وهو أعمى، والله أعلم.

قال: ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها.

ش: هذا المذهب المختار من الروايات، صححه القاضي، وقطع به أبو الخطاب في الهداية، لأن الأصل كون الولاية لها، لأنها مالها، وإنما امتنعت في حقها لانتفاء عبارتها في النكاح، وإذاً تثبت لأوليائها كولاية نفسها، وإنما قلنا: لا عبارة لها في النكاح ـ وهو المذهب بلا ريب.

٢٤١٥ ـ لما احتج به أحمد عن أبي هريرة قال: لا تنكح المرأة نفسها، ولا تنكح من سواها.

٢٤١٦ ـ وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»[١] رواه ابن ماجه والدارقطني وقال: حديث حسن صحيح. والنهي دليل الفساد.

٢٤١٧ ـ ويعضده أنه قول جمهور علماء الصحابة حكي عن ابن عمر وابن عباس وأبي موسى، وأبي هريرة، وحفصة، واختلف عن عائشة. ولأن مباشرتها لعقد النكاح يشعر برعونتها ووقاحتها وذلك ينافي حال أهل المروءة. انتهى وإنما اشترط إذنها لوليها لأن الأمة مالها، ولا يجوز التصرف في مال الفرد بغير إذنه، فلو لم تكن رشيدة زوجها من يلي مالها إن رأى الحظ لها في ذلك.

(تنبيه) يعتبر في الإذن هنا النطق وإن كانت بكراً، قاله أبو محمد وغيره، إذ الصمات إنما اكتفي به في تزويجها نفسها لحيائها، وهي لا تستحيي في تزويج أمتها. انتهى (والرواية الثانية) يزوج أمة المرأة أي رجل أذنت له سيدتها، ولا تباشر هي العقد لأن سبب الولاية الملك، وإنما امتنعت المباشرة لنقص الأنوثية، فملكت التوكيل كالرجل المريض والغائب (والرواية الثالثة) يجوز مباشرتها للعقد، لما تقدم في صدر المسألة، ويلتزم أن لها عبارة في النكاح من قول أحمد في المعتقة: إن زوجتها ـ أي عتيقتها ـ لم يفسخ النكاح، فتكون الأمة أولى، لما تقدم في صدر المسألة، ويلتزم أن لها عبارة في النكاح، لحديث عائشة رضي الله عنها «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها» الحديث وهذه الرواية أخذت من قول أحمد في رواية محمد بن الحكم: إذا كان للمرأة جارية فأعتقتها كان من أحبت أن تزوجها جعلت أمرها إلى رجل يزوجها، لأن النساء لا يلين العقد، فإن زوجتها لم يفسخ النكاح. قال القاضي: وظاهر هذا عدم الاستحباب وصحة العقد، في أخذ رواية من هذا نظر، فإنه منع من المباشرة، ومنعه من الفسخ يحتمل أنه لوقوع الخلاف فيه وتعلق حق الغير، مع عدم دليل قاطع في المسألة، لكن عامة المتأخرين على إثباتها رواية، وعليها فرع أبو الخطاب وأبو البركات ومن تبعهما أن للمرأة عبارة في النكاح، فتزوج نفسها وغيرها بإذن الولي، ويكون تزويجها بدون إذنه كالفضولي، قال أبو العباس: وفرق القاضي وعامة الأصحاب على هذه الرواية بين تزويج أمتها وتزويج نفسها وغيرها بأن التزويج على الملك لا يحتاج إلى أهلية الولاية، بدليل تزويج الفاسق مملوكته، وتبعهم هو أيضاً، وجعل التخريج غلطاً، قلت: النص عن أحمد كما تقدم في المعتقة، ولا ملك لها إذاً إلا أن يقال: استصحب فيها حكم الملك كما تقدم في الرواية التي حكاها ابن حمدان، ووافق أبو

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ١٨٨٢، والدارقطني ٣/ ٢٢٧.

محمد على التخريج في تزويج نفسها وغيرها، ومنعه في تزويجها بدون إذن الولي أنه يكون كتزويج الفضولي، وليس بشيء. والله أعلم.

قال: ويزوج مولاتها من يزوج أمتها.

ش: يزوج معتقة المرأة من يزوج أمتها، وهو على ما قال الخرقي ولي السيدة، وظاهره أنه يقدم فيه الأب على الابن، وقد تقدم في الولاء بالعتق أنه يقدم الابن على الأب، وصرح به أبو محمد، وقال أبو البركات: إن قلنا: يلي عليها. اشترط إذنها، وجرت فيها الروايات الثلاث في مولاتها الرقيقة، وإن قلنا لا يلي للملك، كما تقدم في الرواية التي حكاها ابن حمدان زوج بدون إذنها أقرب عصبتها، وذلك لأن التزويج هنا مستفاد بالتعصيب بالإرث، وهو مناف لظاهر كلام الخرقي، لأنه إن حمل كلامه على أن لها ولاية أشكل عدم اشتراط إذن المعتقة، وإن حمل على أنها لا ولاية لها ـ وهو ظاهر كلامه المتقدم ـ أشكل تقديم الأب على الابن قلت: ويمكن توجيه كلام الخرقي على أن لها ولاية، حيث قال: ويزوج مولاتها من يزوج أمتها، فدل على أن هنا قدر مشترك، وأما اشتراط الإذن فيكون تركه له لدلالة ما قبله عليه، وهو قوله: ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها. فيصير التقدير: ويزوج مولاتها بإذنها من يزوج أمتها، والله أعلم. وقد تبع أبو الخطاب في الهداية الخرقي على ذلك، وقد اضطرب كلام الأصحاب في هذه المسألة اضطراباً كثيراً، وليس هذا موضع استقصاء ذلك، وعلى كل حال فلا بد من عدم العصبة المناسب بلا نزاع ومن رضى المعتقة على الصحيح المقطوع به عند الشيخين وغيرهما، وقيل: يملك إجبارها من يملك إجبار سيدتها التي أعتقتها، وهو بعيد، والله أعلم.

قال: ومن أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها إلى رجل يزوجها منه بإذنها.

ش: هذه مسألة تولي طرفي العقد في النكاح، ولها ثلاث صور (إحداها) الجواز بلا نزاع، وهو ما إذا كان الولي مجبراً من الطرفين، كما إذا زوج أمته بعبده الصغير، أو زوج الوصي في النكاح صغيرة بصغير كلاهما في حجره، ونحو ذلك، إذ لا إذن فيشترط، وقيل: يختص الجواز بما إذا زوج عبده أمته، لأنه يتصرف بحكم الملك، وَجَوَّد أبو العباس هذا، وقد حكي الإجماع عليه، (الصورة الثانية) عدمه بلا نزاع، وهو ما إذا كان ولياً لامرأة مجبرة كعتيقته وبنت عمه المجنونتين، فإنه لا يجوز أن يتزوجهما، لشدة التهمة في ذلك، لتعذر الإذن منهما، فهو كوصي اليتيم يشتري من ماله، فعلى هذا لا يملك أن يتزوجهما إلا بولي غيره من العصبة إن كان، وإلا فبولاية الحاكم، ولا يملك ذلك بوكيله على الأصح، لأنه قائم مقامه، ونائب منابه، (الصورة الثالثة) ما عدا ذلك وهو ما إذا كانت المرأة لها إذن معتبرة، فهل لوليها أن يتزوجها بإذنها وولايته، أو لا بد أن يوكل في أحد طرفي العقد؟ فيه روايتان، (أشهرهما)

وأنصهما ـ وهي التي اختارها الخرقي، وابن أبي موسى، وأبو حفص البرمكي، والقاضي في تعليقه، والشريف، وأبو الخطاب، في خلافيهما، ونص عليها أحمد في رواية ثمانية من أصحابه ـ لا يجوز.

٢٤١٨ ـ لما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبة أمر رجلاً أن يزوجه امرأة المغيرة أولى بها منه.

٢٤١٩ ـ وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا بد في النكاح من أربعة الولي، والزوج، والشاهدين» رواه الدارقطني[1]، ومع تولي الطرفين لم يحضره إلا ثلاثة، (والثانية): يجوز ذلك أومأ إليها في رواية طائفة من أصحابه، واختارها القاضي في الجامع الصغير، وفي المجرد، وأبو محمد لظاهر قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٣] الآية مفهومه إذا لم يخف يجوز له أن يتزوجها، وإن لم يول غيره.

٢٤٢٠ ـ وروى عقبة بن عامر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لرجل: «أترضى أن أزوجك فلانة» قال: نعم. وقال للمرأة: «أترضين أن أزوجك فلاناً؟» قالت: نعم. فزوج أحدهما صاحبه، فدخل بها ولم يفرض لها صداقاً، ولم يعطها شيئاً، وكان ممن شهد الحديبية، له سهم بخيبر، فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقاً ولم أعطها شيئاً، وإني أشهدكم أني أعطيتها من صداقها سهمي بخيبر. فأخذت سهماً فباعته بمائة ألف درهم. رواه أبو داود[2].

٢٤٢١ ـ وقال عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم. فقال: قد تزوجتك. ذكره البخاري في صحيحه. ولعموم «لا نكاح إلا بولي» وهذا ولي، أما حديث «لا بد في النكاح من أربعة» فضعيف، وعلى تقدير صحته فالواحد يقوم مقام الاثنين، وقصة المغيرة بن شعبة لا إشكال في جواز مثلها إنما النزاع هلى يتحتم ذلك، وكذلك الخلاف فيمن اجتمع له تولي الطرفين بغير ذلك، كزوج وكله الولي، أو ولي وكله الزوج، أو وكيل من الطرفين، أو ولي فيهما، كمن زوج ابنه الصغير، ببنت أخيه ونحو ذلك، وقيل: يجوز تولي الطرفين إلا إذا كان الولي هو الإمام فقط، ذكره أبو حفص البرمكي، لأنه لا أحد أكفأ منه، ولأنه كالأب بالنسبة إلى الرعية.

وحيث جاز تولي الطرفين فيكفي أن يقول: زوجت فلانة فلاناً. أو تزوجتها، فيما إذا كان هو الزوج، على المشهور من الوجهين، لأن ذلك قائم مقام إيجاب وقبول (والوجه الثاني) لا بد من تصريح بإيجاب وقبول، فيقول: زوجت فلاناً فلانة، وقبلت

(١) سنن الدارقطني ٣/ ٢٢٤.
(٢) سنن أبي داود حديث ٢١١٧.

له النكاح. وزوجت نفسي فلانة، وقبلت هذا النكاح.

(تنبيه) إذا قيل بجواز تولي الطرفين للزوج بإذن موليته فلا بد أن تأذن في تزويجها من نفسه، أما لو أذنت في النكاح وأطلقت فإنه لا يجوز له أن يتزوجها من نفسه على الصحيح، وقيل: يجوز، بناء على الوكيل في البيع يبيع من نفسه بشرطه، فعلى الأول ـ وهو المذهب ـ هل له أن يزوجها لولده أو والده أو مكاتبه؟ فيه وجهان، والله أعلم.

قال: ولا يزوج كافر مسلمة بحال.

ش: قد تقدمت هذه المسألة، وأن الكافر القريب لا ولاية له ويزوج البعيد، ونزيد هنا بأن قوله: بحال. ليدخل من ولايته بالملك، كمن أسلمت أم ولده أو مكاتبته ونحو ذلك، وهذا أحد الوجهين، واختيار أبي محمد، لعموم ما تقدم من الآية والإجماع، (والوجه الثاني) وبه قطع أبو الخطاب في خلافه، وابن البنا في خصاله، أنه يلي والحال هذه، إذ ولاية الملك لا يشترط لها الأهلية، بدليل الفاسق يزوج أمته.

ومفهوم كلام الخرقي أن الكافر يزوج الكافرة، وهو صحيح، للآية الكريمة، وتعتبر فيه الشروط المعتبرة في المسلم، حتى في عدالته إن اشترطت في المسلم، والعدل منهم من لم يرتكب محظوراً في دينه، وعموم المفهوم يقتضي أن الكافر يلي على موليته الكافرة وإن أرادت التزويج بمسلم، وهو اختيار أبي الخطاب في الهداية، والشيخين، وقال ابن أبي موسى، والقاضي في التعليق، والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما والشيرازي: لا يليه على مسلم، بل تثبت الولاية للحاكم، وزعم القاضي أنه ظاهر كلام الإمام، معتمداً على قوله في رواية حنبل: لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا لمسلمة. وهو إنما يدل على أنه يمنع من المباشرة، ولهذا جعل أبو البركات الخلاف في مباشرته العقد، هل يباشره أو يباشره بإذنه مسلم، أو الحاكم خاصة، ثلاثة أوجه، وجزم بأن له الولاية، والله أعلم.

قال: ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطاناً، أو سيد أمته.

ش: لا يزوج المسلم الكافرة، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍۚ﴾ [التوبة: ٧١] نعم إن كان المسلم سلطاناً زوج، لأن له ولاية عامة على أهل دار الإسلام، والكافر والحال هذه من أهل الدار، والحاجة داعية إلى ذلك، وكذلك إن كان سيد أمته، لأنه عقد على منافعها، أشبه إجارتها، والله أعلم.

قال: وإذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد.

ش: قد تقدم بيان الأولى بالتقديم من الأولياء، فإذا زوج غير الأولى كالأخ مع وجود الأب، أو العم مع حضور الأخ، والحال أنه لا عضل من الأب ولا من الأخ، فالنكاح فاسد، على المشهور المختار للأصحاب من الروايتين.

٢٤٢٢ ـ لحديث عائشة رضي الله عنها: «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل»(١) رواه أبو داود وهذه نكحت بغير إذن وليها، إذ هذا لا ولاية له والحال هذه.

٢٤٢٣ ـ وعن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل» رواه أبو داود(٢)، لكن قال: إنه ضعيف، وإنه موقوف على ابن عمر ولأن أحكام النكاح المختصة به من الحل والنفقة والطلاق والتوارث لا تثبت فيه بمجرده، أشبه نكاح المعتدة، (والرواية الثانية) يقف النكاح والحال هذه على الإجازة، ولا يحكم بفساده.

٢٤٢٤ ـ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ(٣)، رواه أبو داود وابن ماجه ولو فسد بما كان للتخيير فائدة، وقد اعترض عليه بأن أبا داود رواه أيضاً مرسلاً عن عكرمة عن النبي ﷺ، قال: وكذا رواه الناس مرسلاً. وكذا قال البيهقي: الصواب أنه مرسل. قال البيهقي: ولو صح فكأنه كان وضعها في غير كفؤ، فلذلك خيرها النبي ﷺ، قلت: ودعوى الإرسال إن سلم لا تضر على قاعدتنا، وأما الحمل على أنه وضعها في غير كفؤ فبعيد، إذ يقتضي أن يترك من الحديث ما الحكم منوط به، ويذكر فيه ما لا إناطة به، مع أنه غير منوط به، هذا تجهيل وعلى هذه الرواية الحكم في الإجازة منوط بالولي الأقرب، إن أجازه جاز، وإن رده بطل، ولا نظر للحاكم على الصحيح، وقيل: إن كان الزوج كفواً أمر الحاكم الولي بالإجازة، فإن أجازه وإلا صار عاضلاً فيجبره الحاكم، كذا أجاب أبو محمد، وفيه نظر إن كان لها ولي غير الحاكم وإذاً ينبغي أن ينتقل الحق في الإجازة إليه كما في العضل في النكاح على المذهب، انتهى. ولو كانت المزوجة بغير إذن أمة فخرجت عن ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح، لطريان إباحة صحيحة على موقوفة، أشبه طريان الملك على النكاح، وفيه شيء، إذ الإباحة التي حصلت للثاني كالإباحة التي كانت للأول سواء، انتهى. أما إن انتقلت إلى من لا تحل له كامرأة أو جماعة فقيل: إن الحكم كذلك، وقيل: بل الإجازة والحال هذه إلى المالك الثاني ولو أعتق من له الإجازة الأمة فهل يبطل حقه منها ويمضي النكاح، أم يبقى حقه فيها قبل العتق؟ فيه احتمالان، وتعتبر الشهادة حين العقد، لا حين الإجازة، لاستناد الملك إلى حال العقد ومن ثم لو وطىء قبل الإجازة ثم أجيز لم يجب إلا مهر واحد، ولا تثبت فيه قبل الإجازة الأحكام المختصة بالنكاح

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٣٩٥.
(٢) سنن أبي داود حديث ٢٠٧٩.
(٣) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٩٦، وابن ماجه حديث ١٨٧٥.

الصحيح، من الحل والنفقة، ونفوذ الطلاق، والتوارث وغير ذلك، قاله ابن عقيل وغيره، وقيل: يثبت التوارث إن كان مما لو رفع إلى الحاكم أجازه انتهى، وكذلك الروايتان في تزويج الأجنبي، وفي تزويج المرأة المعتبر إذنها بدونه على رواية الوقف، فإجازة الثيب بالنطق، أو ما يدل على الرضى من وطء ونحوه، وإجازة البكر بالسكوت، كإذنها قبل العقد.

وقد دل مفهوم كلام الخرقي أن الولي الأقرب لو لم يكن حاضراً لم يفسد النكاح، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى، (ودل أيضاً) على أن الأقرب إذا عضل فزوج الأبعد أن النكاح لا يفسد، وهذا (إحدى الروايتين) عن أحمد أعني أن الولاية تنتقل عند عضل الأقرب إلى الأبعد، وهو المذهب، اختاره القاضي وابن عقيل، وأبو محمد وغيرهم، لأن الولاية قد تعذرت من الأقرب، فانتقلت إلى الأبعد، كما لو جن الأقرب أو فسق (والثانية) تنتقل الولاية إلى الحاكم وهي اختيار أبي بكر، لظاهر قوله: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» ولأنه حق عليه امتنع من أدائه، فقام الحاكم مقامه فيه كالدين، ويجاب بالقول بموجب الحديث، فإنه قال: «من لا ولي له» وهذه لها ولي، ثم ظاهره أن الكل اختلفوا وامتنعوا، لقوله: «فإن اشتجروا» وإذاً يتعين الحاكم، والتزويج حق له، بخلاف الدين فإنه حق عليه، على أنه قد قيل: إنه يفسق بالعضل، فتزول ولايته، كما لو فسق بغيره.

(تنبيه) العضل في الأصل المنع، وهو هنا منع المرأة من تزويجها بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل من الزوجين في صاحبه.

٢٤٢٥ ـ قال معقل بن يسار رضي الله عنه كانت لي أخت تخطب إلي فأتاني ابن عم لي فأنكحتها إياه، ثم طلقها طلاقاً له رجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها، فلما خطبت إلي أتاني يخطبها، قلت: لا والله لا أنكحكها أبداً. قال: ففي نزلت هذه الآية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ﴾ [البقرة: ٢٣٢] الآية قال: فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه[١]. رواه البخاري، وأبو داود، والترمذي والنسائي وسواء رضيت بمهر مثلها أو دونه إن كانت رشيدة، إذ المهر خالص حقها، ولو رضيت بغير كفو كان للولي الامتناع ولا عضل، أما إن عينت كفواً وعين الولي كفواً غيره فإن تعيينها يقدم عليه، حتى أنه يعضل بالمنع، ثم حيث يكون عاضلاً، فظاهر كلام أبي محمد أنه يفسق بمجرد ذلك، ونظير ذلك ما قاله ابن أبي موسى أن الولي إذا زوج بغير كفؤ يفسق وتفسق المرأة بذلك إن رضيت، وقال ابن عقيل في العضل: لا يفسق إلا أن يتكرر الخطاب وهو يمنع، أو يعضل جماعة من مولياته دفعة واحدة فإذاً تصير الصغيرة في حكم الكبيرة، وينبغي أن يقال في التزويج

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٤٥٢٩، وأبو داود حديث ٢٠٨٧، والترمذي ٣١٧٥.

بغير كفؤ كذلك، ثم لا بد من تقييد ذلك في الموضعين بالعلم، وقد ذكر أبو العباس من صور العضل إذا امتنع الخطاب من خطبتها لشدة الولي، والله أعلم.

قال: وإذا كان الولي غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها، فإن لم يكن فالسلطان.

ش: إذا غاب الولي الأقرب الغيبة المعتبرة زوج الأبعد من العصبة، فإن لم يكن فالسلطان على المنصوص، وعليه الأصحاب، لقوله ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي مناسب، فيزوج بحكم الحديث، ولأن البعيد يرجح بقرب نسبه والقريب بقرب محله فتساويا، ومن ثم قال ابن عقيل: ليس معنى قولنا تنتقل الولاية إلى الأبعد سلب لولاية القريب، لكن اشتراك بينهما، بدليل أنه لو زوج القريب الغائب في مكانه أو وكل صح، وكذا لو وكل ثم غاب، بخلاف ما لو وكل ثم جن فإن وكالته تنفسخ، وأما شيخه في التعليق فقال: إذا زوج أو وكل في الغيبة فالولاية باقية، لانتفاء الضرر وإلا سقطت، ثم قال: وقد قيل. . . . وحكى كقول تلميذه، انتهى، وخرج أبو الخطاب ومن تبعه كأبي البركات رواية أن الحاكم يزوج كما في العضل، إذ الأبعد محجوب بالأقرب، والولاية باقية، فقام الحاكم مقامه فيها، ولم يعرج أبو محمد على التخريج، وقد ذكر ابن المنى في إلحاق الغيبة بالعضل تسليماً ومنعاً، وقد يقال في وجه المنع أنه لو سلم أن التزويج حق على الولي حتى يقوم الحاكم مقامه فيه، فذلك إذا امتنع، وفي الغيبة لا امتناع، وفي معنى الغائب لو كان الولي مأسوراً، ولا يمكن مراجعته، أو محبوساً يتعذر استئذانه، قاله أبو محمد، وزاد أبو العباس: لو كان الولي مجهولاً لا يعرف أنه عصبة ثم عرف بعد العقد.

والغيبة المعتبرة التي معها يزوج الأبعد قال الخرقي: أن لا يصل إليه الكتاب، كمن هو في أقصى بلاد الهند، أو يصل فلا يجيب عنه، وهذا يحتمل لبعده، وهو الظاهر، ويحتمل وإن كان قريباً، فيكون في معنى العاضل، وبالجملة قد أومأ أحمد إلى هذا في رواية الأثرم، قال: المنقطع الذي لا تصل إليه الأخبار، وذلك لأن مثل ذلك يتعذر مراجعته، فيلحق الضرر بانتظاره، ومنصوص أحمد في رواية عبد الله أنه ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة، وهو اختيار أبي بكر والشيخين، لأن أهل العرف يعدون ذلك مضراً، وقال القاضي في تعليقه ـ وتبعه أبو الخطاب في خلافه الصغير ـ: هو ما لا تقطعه القافلة في السنة إلا مرة، كسفر الحجاز، وعن ابن عقيل: ما تستضر به المرأة من فوات الكفو الراغب، وقيل: يكتفى بمسافة القصر، لأن أحمد اعتبر البعد في رواية ابن الحارث وأطلق، انتهى. وكل موضع لا توجد الغيبة المعتبرة فإن الولي ينتظر ويراسل، حتى يقدم أو يوكل.

وظاهر كلام الخرقي أن الشرط لتزويج الأبعد الغيبة المذكورة، فلو لم يعلم أقريب أم بعيد لم يزوج الأبعد، وهو ظاهر إطلاق غيره، وقال أبو محمد في المغني:

يزوج الأبعد والحال هذه، قال: وكذلك إذا علم أنه قريب ولم يعلم مكانه وهو حسن، مع أن كلام الخرقي لا يأباه، وفي قول الخرقي: زوج من هو أبعد من عصبتها. إشعار بأن هذا الحكم في الحرة، وهو صحيح، إذ لو غاب سيد الأمة فطلبت النكاح في حال غيبته فإن الحاكم يزوجها، قاله القاضي في تعليقه مدعياً أنه قياس المذهب، والله أعلم.

قال: وإذا زوجت من غير كفو فالنكاح باطل.

ش: الكفاءة شرط لصحة النكاح، على المنصوص والمشهور، والمختار لعامة الأصحاب (من الروايتين).

٢٤٢٦ ـ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا خطب المسلم ممن ترضون دينه وخلقه، فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»[١] رواه الترمذي، وروي مرسلاً، قال بعضهم: وهو أصح ومفهومه أنه إذا لم يرض دينه ولا خلقه لا يزوج.

٢٤٢٧ ـ وروى الدارقطني[٢] بإسناده عن عمر رضي الله عنه أنه قال: لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء.

٢٤٢٨ ـ وعن أبي إسحاق الهمداني قال: خرج سلمان وجرير في سفر، فأقيمت الصلاة، فقال جرير لسلمان: تقدم. فقال سلمان: بل أنت تقدم، فإنكم معشر العرب لا نتقدم في صلاتكم ولا ننكح نساءكم، لأن الله تعالى فضلكم علينا بمحمد. احتج بهما أحمد في رواية أبي طالب.

٢٤٢٩ ـ وفي مراسيل أبي داود عن الحسن قال: نهى رسول الله ﷺ أن يتزوج الأعرابي المهاجرة. ولأنه تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه فلم يصح، كما لو زوجت بغير رضاها (والرواية الثانية) الكفاءة شرط للزوم النكاح دون صحته، اختاره أبو الخطاب في خلافه الصغير، وأبو محمد، وابن حمدان، لظاهر قول الله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣].

٢٤٣٠ ـ وقد زوج النبي ﷺ ابنتيه من عثمان ومن أبي العاص، ونسبه ﷺ من فوق نسبهما.

٢٤٣١ ـ وفي الصحيحين أنه ﷺ أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه، رضي الله عنه وهلي قرشية.

٢٤٣٢ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن أبا هند حجم النبي ﷺ في اليافوخ، فقال النبي ﷺ: «يا بني بياضة انكحوا أبا هند وانكحوا إليه» وقال: «إن كان في شيء

(١) أخرجه الترمذي ١٠٩٠، وابن ماجه حديث ١٩٦٧.
(٢) سنن الدارقطني ٣/ ٢٩٨.

مما تداوون به خير فالحجامة» رواه أبو داود[١]. وبنو بياضة من الأنصار، وأبو هند حجام من مواليهم. وزاد أبو داود في المراسيل عن الزهري فقالوا: يا رسول الله نزوج بناتنا من موالينا؟ فأنزل الله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ﴾ [الحجرات: ١٣] الآية قال الزهري: نزلت في أبي هند خاصة. قال عبد الحق الإشبيلي: وقد أسند هذا والمرسل أصح.

٢٤٣٣ ـ وعن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته. قال: فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء[٢]. رواه ابن ماجه، ورواه أحمد والنسائي من حديث ابن بريدة عن عائشة.

٢٤٣٤ ـ وقد روي الجواز أيضاً عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم وحديث أبي هريرة إن صح نقول بموجبه، إذ مقتضاه أنه لا يجب علينا تزويجه، وكذا نقول، ومراسيل الحسن من أضعف المراسيل، وقصة عمر وسلمان إن ثبتتا يحتمل أن ذلك منهما على سبيل الاختيار، يدل على ذلك أن عمر قال: لأمنعن. ولو كان هذا أمراً متحتماً لمنع قطعاً.

ومن نصر الأولى أجاب عن تزويجه ﷺ بنتيه لعثمان ولأبي العاص بأنهما من العرب، والعرب لا تتفاضل على رواية، وكذلك قال أحمد في رواية أبي طالب وغيره في الجواب عن حديث أسامة، وأسامة عربي جرى عليه الرق، وعلى رواية التفاضل هم من قبيلة النبي ﷺ، لأنهما من قريش، وعن قصة أبي هند بأن أحمد ضعفه وأنكره في رواية أبي طالب وغيره، وكذلك بقية الآثار، قال المروذي: قلت لأبي عبد الله قول النبي ﷺ: «يا بني بياضة أنكحوا أبا هند» فأنكره إنكاراً شديداً، وأنكر الأحاديث الذي فيها نكاح غير الأكفاء، وقال مهنا: سألته عن هذه الأحاديث أن عمر أراد أن يزوج سلمان، والأحاديث التي جاءت: فلان تزوج فلانة، وفلانة تزوجت فلاناً. قال: ليس لها إسناد وأما حديث بريدة فالتزم القاضي في التعليق في الجواب عنه بأن المبطل عدم الكفاءة في النسب فقط، قال: والذي فقد هنا يحتمل أنه الدين، أو الصناعة، وقال ابن أبي موسى: هذا الرجل كان كفؤاً لأنه ابن عمها وهو مسلم، ويحتمل أنه كان أعور أو أعرج، أو فقيراً، وذلك ليس بنقص في الكفء، قلت: إذا لم يكن نقصاً في الكفء فلم خيرها النبي ﷺ. انتهى.

فعلى (الرواية الأولى) الكفاءة حق لله تعالى وللمرأة والأولياء حتى من يحدث، ولا يتصور العلم برضى الجميع، فيبطل النكاح، (وعلى الثانية) حق للمرأة والأولياء

(١) سنن أبي داود حديث ٢١٠٢.
(٢) أخرجه ابن ماجه حديث ١٨٧٤، والنسائي ٦/٨٦، وأحمد ٦/١٣٦.

فقط، فعليها يمكن العلم بالرضا، ويتوقف على من هو له، فإذا رضيت المرأة والأولياء بغير كفؤ صح النكاح، لأن الحق لهم، وإن عقده بعضهم ولم يرض الباقون، فهل يقع العقد باطلاً من أصله، أو صحيحاً؟ على روايتين، حكاهما القاضي في الجامع الكبير، أشهرهما الصحة، لحديث الفتاة التي جاءت إلى رسول الله ﷺ، وعلى هذه لمن لم يرض من المرأة والأولياء المستوين الفسخ، وهل للأبعد الفسخ مع رضى الأقرب، لما يلحقه من العار بفقد الكفاءة، أو لا فسخ له، لأنه كالمعدوم ولحجبه بالأقرب؟ فيه روايتان، أشهرهما الأولى، حتى أن القاضي في الجامع الكبير قال: لا تختلف الرواية في ذلك.

(تنبيهان) أحدهما إذا حدثت الكفاءة وقت العقد، كما إذا أوجب النكاح لعبد، فقال السيد: قبلت النكاح له وأعتقته. فقال أبو العباس: قياس المذهب الصحة، قال: ويتخرج عدمها من رواية إذا أعتقا معاً (الثاني) حسب الإنسان ما يعده من مفاخر آبائه، وقيل: شرف النفس وفضلها، (والكفؤ) المثل، (واليافوخ) وسط الرأس، والله أعلم.

قال: والكفؤ ذو الدين والمنصب.

ش: لما قال: إن الكفاءة شرط لصحة النكاح. أراد أن يبين الكفاءة ما هي فقال: إنها الدين والمنصب، وهذا (إحدى الروايتين) عن أحمد وإليها ميل أبي محمد، (أما في الدين) فلقول الله سبحانه وتعالى: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ ﴿١٨﴾﴾ [السجدة: ١٨] ويلتزم أن نفي الاستواء يقتضي نفي الاستواء من كل وجه، كما قد صرح به القاضي وغيره من أصحابنا، ولأن الفاسق مردود الشهادة والرواية، غير مأمون، مسلوب الولاية، ناقص عند الله وعند خلقه، فلا يكون كفؤاً لعفيفة.

٢٤٣٥ ـ (وأما في المنصب) وهو النسب فلأن في حديث عمر المتقدم قال: قلت: وما الأكفاء؟ قال: في الحسب. رواه أبو بكر بإسناده ولأن العرب يعدون الكفاءة في النسب، ويأنفون من نكاح الموالي، ويرون ذلك نقصاً وعاراً (والرواية الثانية) تعتبر الكفاءة في خمسة أشياء، الشيئين المذكورين، والحرية والصناعة، واليسار، اختارها القاضي في تعليقه، والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، وأبو البركات، وصححها أبو محمد في الحرية والشيرازي في اليسار.

٢٤٣٦ ـ وذلك (أما في الحرية) فلأن النبي ﷺ خير بريرة حين عتقت[١] وإذا ثبت الخيار في الاستدامة ففي الابتداء أولى، (وأما في الصناعة) فلأن ذلك نقص في عرف الناس، أشبه نقص النسب.

٢٤٣٧ ـ وقد روي «العرب بعضهم لبعض أكفاء، قبيلة لقبيلة، وحي لحي، ورجل لرجل، إلا حائك أو حجام» ذكره ابن عبد البر في التمهيد وهو ضعيف، وقد

(١) انظر البخاري حديث ٥٢٧٩، ومسلم ١٠/٢٤٧.

بالغ ابن عبد البر فقال: إنه منكر موضوع. لكن أحمد قال: العمل عليه. لما قال له مهنا ـ وقد قال: الناس أكفاء إلا الحائك والحجام ـ: تأخذ بالحديث وأنت تضعفه؟ قال: العمل عليه. (وأما في اليسار) فلأن في عرف الناس التفاضل بذلك.

٢٤٣٨ ـ وقد قال ﷺ لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها «أما معاوية فصعلوك لا مال له»(١).

تنبيهات (أحدها) قد تقدم أن الكفاءة هل هي شرط للصحة أو للزوم؟ على روايتين، وأن الكفاءة هل تعتبر في اثنين أو في خمسة؟ على روايتين أيضاً، واختلف طرق الأصحاب هل روايتا الصحة واللزوم في الخمسة أو في بعضها، فقال القاضي في الجامع الكبير ـ وهو ظاهر كلامه في التعليق، وأبو الخطاب في الهداية، وأبو محمد وطائفة ـ: هما في الشرائط الخمسة، وقال في المجرد: محلهما في الدين والمنصب فقط، أما الثلاثة الباقية فلا تبطل، رواية واحدة، وجمع أبو البركات الطريقتين، فجعل في المسألة ثلاث روايات، الثالثة: يختص البطلان بالمنصب والدين فقط، وقال القاضي في المجرد: يتوجه اختصاص البطلان بالنسب فقط، وهذه طريقته في الروايتين وفي التعليق، التزاماً كما تقدم، وقال أبو العباس: لم أجد عن أحمد نصاً ببطلان النكاح لفقر أو رق، ولم أجد عنه نصاً بإقرار النكاح مع عدم الدين والمنصب، ونص على التفريق بالحياكة في رواية حنبل وعلي بن سعيد، وهذه طريقة خامسة.

(الثاني) الكفاءة (في الدين) أن لا يزوج العفيفة عن المُحرم المفسق بفاسق من جهة فعل أو اعتقاد، وفي كون من شرب مسكراً ولم يسكر كفواً لمن تقدم روايتان، حكاهما ابن أبي موسى (والمنصب) هو النسب، فلا تزوج عربية بعجمي، والعرب بعضهم لبعض أكفاء، وسائر الناس بعضهم لبعض أكفاء، على إحدى الروايتين أو الروايات عن أحمد رحمة الله، واختيار أبي محمد في العمدة، لما تقدم من أن النبي ﷺ زوج ابنتيه عثمان وأبا العاص، وهما من بني عبد شمس، وزوج أسامة فاطمة بنت قيس وهي من قريش.

٢٤٣٩ ـ وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم، وهذا يدل على أن العرب كلهم في رتبة واحدة.

٢٤٤٠ ـ وفي مسند البزار عن خالد بن معدان، عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله ﷺ: «العرب بعضهم لبعض أكفاء، والموالي بعضهم لبعض أكفاء» إلا أن خالداً لم يسمع من معاذ، وحكى القاضي في الجامع الكبير، وأبو الخطاب والشيخان وغيرهم عن أحمد رواية أخرى أن القرشية لا تزوج لغير قرشي، والهاشمية لا تزوج لغير هاشمي، إذ العرب فضلت بقية الناس برسول الله ﷺ، وقريش أخص به من سائر

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٨٤، والنسائي ٦/ ٢١٠، وأحمد ٦/ ٣٧٣.

العرب، وبنو هاشم أخص به من قريش.

٢٤٤١ ـ وعنه ﷺ أنه قال: «إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل، واصطفى من كنانة قريشاً، واصطفى من قريش بني هاشم، واصطفاني من بني هاشم»[١] ورد أبو العباس هذه الرواية، وقال: ليس في كلام أحمد ما يدل عليها، وإنما المنصوص عنه في رواية الجماعة أن قريشاً بعضهم لبعض أكفاء، قال: وكذلك ذكر ابن أبي موسى، والقاضي في خلافه، وحكى رواية مهنا: قريش أكفاء بعضهم لبعض، والعرب أكفاء بعضهم لبعض، وموالي القوم منهم، قال أبو العباس: ومن قال: إن الهاشمية لا تتزوج بغير هاشمي، بمعنى أنه لا يجوز فهو مارق من دين الإسلام، إذ قصة تزويج الهاشميات من بنات النبي ﷺ وغيرهن بغير الهاشميين ثابت في السنة ثبوتاً لا يخفى، فلا يجوز أن يحكى هذا خلافاً في مذهب أحمد، وليس في لفظه ما يدل عليه. انتهى، (قلت) وكذلك حكى القاضي الرواية في الروايتين على نحو ما في الخلاف، وصححها، وحكى ابن عقيل في التذكرة المسألة على ثلاث روايات، فجمع شيخه في الجامع وفي الخلاف.

(تنبيه) يجوز للعجمي تزوج موالي بني هاشم، نص عليه في رواية أبي طالب.

٢٤٤٢ ـ وقال النبي ﷺ: «مولى القوم من أنفسهم» هو في الصدقة، ويحتمل رواية مهنا المتقدمة «مولى القوم منهم» المنع.

أما ولد الزنا فلا يكون كفواً لمن له أبوان في الإسلام، نص عليه، وكيف لا والصحابة أفضل الأمة وأكفاء للتابعين، بلا تردد، (أما السلامة) من العيوب فلا يبطل عدمها قولاً واحداً، نعم للمرأة الفسخ للعيب، لا لفوات الكفاءة انتهى (والكفاءة في الحرية) أن لا تزوج حرة بعبد قلت: ولا بمن بعضه رقيق، واختلف فيمن مسه أو مس أباه الرق، هل يكون كفواً لحرة الأصل؟ كلام أحمد يدل على روايتين، والجواز اختيار ابن أبي موسى وأبي محمد، وظاهر كلام أبي الخطاب في الانتصار، والمنع اختيار ابن عقيل، واختلف أيضاً في موالي القوم هل هم أكفاء لهم؟ فعنه أنهم أكفاء لهم.

٢٤٤٣ ـ لما روي أبو رافع مولى رسول الله ﷺ أن رسول الله ﷺ بعث رجلاً من بني مخزوم على الصدقة، فقال لأبي رافع: أصحبنا كيما تصيب منها. قال: لا حتى آتي رسول الله ﷺ فأسأله. فانطلق فسأله فقال: «إن الصدقة لا تحل لنا، وإن مولى القوم من أنفسهم»[٢] رواه أبو داود والنسائي، والترمذي وصححه، قوله ﷺ: «من أنفسهم» يشمل في الصدقة وفي غيرها، (وعنه) ـ واختاره القاضي في الروايتين وأبو محمد ـ ليسوا بأكفاء لهم، قصراً على السبب وهو الصدقة، ولأنه إذا كافى سيدته

---

(١) أخرجه مسلم ٣٦/١٥.

(٢) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١١٩٠.

كافى من تكافيه سيدته، فيبطل اعتبار المنصب. (وأما الكفاءة) في الصناعة فتعتبر في الحجامة بلا خلاف نعلمه في المذهب، فلا تزوج بنت بزاز بحجام، وكذلك في الكساحة نص عليه، فلا تزوج بنت باني ـ وهو صاحب العقار، وقيل: الكثير المال ـ بكساح، وهل تعتبر في الحياكة؟ فيه روايتان، وما عدا هذه الثلاثة من الصنائع الرديئة كالحارس والمكاري والمزين والكباش والحمامي ونحوهم فلا نص فيه عن أحمد، قاله ابن عقيل، ثم من الأصحاب من قصر الحكم على الثلاثة مدعياً بأن الشرع لم يرد بغيرها، وأن القياس لا مدخل له هنا، ومنهم ـ وهو القاضي في الجامع، وأبو محمد ـ من عدى ذلك إلى كل صناعة رديئة، قياساً على الحجامة، (قلت) والظاهر أن الشرع لم يرد في الكساحة بشيء، فنص أحمد عليها دليل على لحظ المعنى.

ومعنى الكفاءة بالمال أن يكون بقدر المهر والنفقة، قاله القاضي وأبو محمد في المغني، ولأن هذا الذي يحتاج إليه في النكاح، ولم يعتبر أبو محمد في الكافي إلا النفقة فقط، واعتبر ابن عقيل أن يكون بحيث لا يغير عليها عادة كانت عند أبيها في بيته.

(الثالث) الكفاءة المعتبرة في الرجل دون المرأة، إذ النبي ﷺ لا مكافئ له، وقد تزوج من أحياء العرب وتسرى.

٢٤٤٤ ـ وقال ﷺ: «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها، ثم أعتقها وتزوجها فله أجران»[١] متفق عليه، والمعنى في ذلك أن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه.

(الرابع) قال أبو العباس: ينبغي أن يكون الخيار في الفسخ على التراخي، في ظاهر المذهب، لأنه لنقص في المعقود عليه، فعلى هذا يسقط خيارها بما يدل على الرضى من قول وفعل، ولا يسقط خيار الأولياء إلا بالقول، وقال: إن قياس المذهب افتقار الفسخ إلى حاكم.

(الخامس) إذا كانت الكفاءة المعتبرة حال العقد موجودة ثم زالت بعده، فإن النكاح لا يبطل بذلك قولاً واحداً، لكن هل للمرأة والأولياء الفسخ، كما لو كانت معدومة قبل العقد ويعزى ذلك لأبي الخطاب، ويحتمله كلام شيخه في التعليق، أو لا يثبت لواحد منهما، أو يثبت ذلك للمرأة دون الولي، وهو الذي أورده المجد مذهباً؟ على ثلاثة أوجه، والله أعلم.

قال: وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاية فالنكاح ثابت وإن كرهت، كبيرة كانت أو صغيرة.

ش: لا نزاع بين أهل العلم فيما نعلمه في أن للأب تزويج ابنته البكر التي لم

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٥٤٤، ومسلم ٢/١٨٦.

تستكمل تسع سنين وإن كرهت، بشرط أن يضعها في كفاية، وقد حكاه ابن المنذر إجماعاً ودل عليه قوله سبحانه: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطلاق: ٤] أي فعدتهن كذلك أو على التقديم والتأخير، والتقدير: واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم، واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر، وعلى كل حال يدل على أن الصغيرة تزوج وتطلق، لوقوع العدة عليها، ولا إذن لها معتبرة والحال هذه.

٢٤٤٥ ـ وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعاً[١]، متفق عليه، وفي رواية لأحمد ومسلم: تزوجها وهي ابنة تسع. ولا إذن لها إذاً معتبرة.

٢٤٤٦ ـ وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست، فقيل له. فقال: ابنة الزبير إن مت ورثتني، وإن عشت كانت امرأتي.

واختلفت الرواية عن إمامنا أحمد في من استكملت تسع سنين، فروي عنه كذلك وإن بلغت، وهي اختيار الخرقي وجمهور الأصحاب، القاضي وولده أبي الخطاب في خلافه، والشريف وابن البنا وأبي محمد وغيرهم.

٢٤٤٧ ـ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها»[٢] رواه مسلم وغيره، وفي رواية في الصحيح «يستأمرها أبوها» فتقسيم النساء قسمين، وإثبات الحق لأحدهما دليل على نفيه عن الآخر، وهي البكر، فيكون وليها أحق منها، وإلا فلا فائدة من التفرقة، لا يقال: الفائدة التفرقة في صفة الإذن، لأنا نقول: ظاهر الحديث أن الذي فرق فيه حق الولي، ألا ترى أنه ذكر صفة الإذن بعد، وعلى هذا فالإذن في حقها على سبيل الاستحباب، وعلى هذا فالعلة في الإجبار البكارة.

(وروي عنه): لا يجبرها مطلقاً، وهي أظهر، وقد قال الشريف: إنها المنصوص عنه.

٢٤٤٨ ـ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله كيف إذنها؟ قال: «أن تسكت»[٣].

٢٤٤٩ ـ وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قلت: يا رسول الله تستأمر النساء

(١) أخرجه البخاري حديث ٣٨٩٤، ومسلم ٩/٢٠٦.
(٢) أخرجه مسلم ٩/٢٠٤، وأبو داود حديث ٢٠٩٨، والنسائي ٦/٤٥، وابن ماجه حديث ١٨٧٠، وأحمد ١/٢١٩، ٢٤١.
(٣) أخرجه البخاري حديث ٥١٣٦، ومسلم ٩/٢٠٢.

في أبضاعهن؟ قال: «نعم» قلت: فإن البكر تستأمر فتستحي؟ فقال: سكاتها إذنها»[١] متفق عليهما.

٢٤٥٠ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن جارية بكراً أتت رسول الله ﷺ فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ[٢]، رواه أحمد وأبو داود. والعلة على هذا القول البكارة مع صغر مخصوص. (وعنه): تجبر ابنة تسع سنين، حكاها ابن أبي موسى وغيره لما تقدم، ولا تجبر البالغة، لأنها جائزة التصرف في مالها، أشبهت الثيب الكبيرة، والعلة على هذا القول الصغر والبكارة، وظاهر كلام ابن عقيل أن العلة على هذا القول الصغر، ومن نصر الأول حمل ما ورد من استئذان البكر على الاستحباب، أو على غير الأب، وأجابوا عن حديث ابن عباس بأن أبا داود وأبا حاتم وغيرهما أعلوه بالإرسال، ثم يحتمل أن أباها زوجها من غير كفو فخيرت لذلك، وفي هذه الأجوبة نظر، أما الأول فظواهر الأحاديث تخالفه، ومثل هذا الظاهر لا يترك إلا بأقوى منه، وأما الثاني فالمرسل عندنا حجة على الصحيح، لا سيما وقد اعتضد بظواهر الأحاديث، وأما الثالث فالذي رتب عليه الحكم من دعا له رسول الله ﷺ بالفقه وعلم التأويل هو الكره لا غيره، وأما قوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها، والبكر تستأمر» فالمراد والله أعلم في الرد والإجابة في الخطبة، فالولي ليس له مع الثيب أمر في ذلك، ولهذا قال: «تستأمر» أي يطلب أمرها، بخلاف البكر فإنه لا مدخل لها في العادة في ذلك، وإنما تستأذن في الرضا بالنكاح فقط.

تنبيهات (أحدها) قد تقدم التنبيه على علة الإجبار، وسيأتي أن لنا وجهاً أن الثيب الصغيرة تجبر مطلقاً، وعلى هذا فالعلة في الإجبار الصغر، عكس الأول، لكن لا أعرف قائلاً بذلك، وإنما أبو بكر يقول بإجبار ثيب لم تبلغ تسعاً، فالعلة عنده صغر مخصوص، وأبو البركات ينتظم من كلامه أن في علة الإجبار ثلاث روايات، الصغر، البكارة، أحدهما، ويتلخص من مجموع ذلك ثلاثة أقوال.

(الثاني) إذا قلنا لا تجبر المميزة بعد التسع هنا وفيما سيأتي فهل لها إذن صحيح فتزوج به؟ فيه روايتان، أنصهما وأشهرهما عن أحمد نعم، وبها جزم القاضي في تعليقه، وفي جامعه، ومجرده، وابن عقيل في فصوله وتذكرته، وأبو الخطاب في خلافه، والشريف وابن البنا، ونصبها الشيرازي، وهي ظاهر كلام أبي بكر كما سيأتي، لظاهر قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم﴾ [النساء: ٤] الآية، مفهومه أنا إذا لم نخف لنا تزويج اليتيمة.

٢٤٥١ ـ وقد فسرته عائشة رضي الله عنها بذلك، واليتيمة من لم تبلغ، ولا أب

(١) أخرجه البخاري حديث ٥١٣٧، ومسلم ٩/ ٢٠٣.
(٢) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٤٢٤.

لها، ومن هذه حالها لا تزوج إلا بإذنها.

٢٤٥٢ ـ وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها»[١] رواه الخمسة إلا ابن ماجه.

٢٤٥٣ ـ وعن أبي موسى رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فقد أذنت، وإن أبت لم تكره» رواه أحمد[٢]، وهذا يفيد أنها تزوج بإذنها وأن لها إذناً معتبراً.

٢٤٥٤ ـ وإنما قيدنا ذلك ببنت تسع لقول عائشة رضي الله عنها: إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة. رواه أحمد، وروي مرفوعاً عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ. ومعناه: في حكم المرأة، ولأنها تصلح بذلك للنكاح، وتحتاج إليه، أشبهت البالغة (وعن أحمد) رواية أخرى لا إذن لها صحيح، فلا تزوج حتى تبلغ كإذنها في المال.

وقول الخرقي: فوضعها في كفاية. مفهومه أنها إذا لم يضعها في كفاية أن النكاح غير ثابت، فيحتمل بطلانه، وهو مقتضى كلامه السابق، إذ من مذهبه أن الكفاءة شرط للزوم ففي تزويج الأب والحال هذه روايتان (إحداهما) بطلان النكاح رأساً، لأنه نكاح محرم، أشبه نكاح المحرمة والمعتدة ونحوهما. (والثانية) لا تبطل، لأن النهي لحق آدمي، وقد أمكن تداركه بثبوت الخيار له، فأشبه تلقي الركبان ونحوه على المذهب، وقيل: إن علم بفقد الكفاية لم يصح للتحريم، وإلا صح في الحال، كالوكيل يشتري معيباً لم يعلم عيبه، وقيل: يصح إن كانت كبيرة، لاستدراك الضرر في الحال بثبوت الخيار لها، وإلا لم يصح، ومتى لم يبطل العقد فلها الخيار إن كانت كبيرة، دفعا للضرر الحاصل لها قاله أبو محمد، ولا خيار لأبيها، لإسقاط حقه باختياره وإن كانت صغيرة فهل عليه الفسخ، لأنه لحظها أو لا فسخ له، ويمنع الزوج من الدخول بها حتى يصح إذنها، دفعا للضرر الحاصل لها، فتختار؟ فيه وجهان، ولغير الأب من الأولياء الفسخ على الصحيح من الروايتين وقد تقدمتا، وعلى كل حال فلا يحل له أن يزوج من غير كفو، ولا من معيب.

وقول الخرقي: في كفاية. يحتمل أن يريد به الكفو، ويحتمل أن يريد ما هو أعم منه، فيدخل فيه المعيب (الثالث): نفست المرأة. إذا ولدت، بضم النون وفتحها مع كسر الفاء فيهما، أما إن حاضت فبفتح النون لا غير، والله أعلم.

قال: وليس هذا لغير الأب.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٩٤، والنسائي ٦/ ٨٧، وأحمد ٢/ ٢٥٩، ٤٧٥.

(٢) المسند ٤/ ٣٩٤، ٤٠٨، ٤١١.

ش: أي ليس لغير الأب من الأولياء تزويج البكر بدون إذنها، صغيرة كانت أو كبيرة، لما تقدم من قوله ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها» ونحو ذلك مما يقتضي أن اليتيمة لا تزوج إلا بعد الإذن، وهو يدل بطريق التنبيه على أن البالغة لا تزوج إلا بعد الإذن، إذا تقرر هذا فالطفلة لا إذن لها بالاتفاق وإذاً يمتنع تزويجها لفوات الشرط، أما إن بلغت تسع سنين ففيها الروايتان المتقدمتان، والمذهب منهما صحة إذنها، وتزويجها به كما تقدم، ولا عبرة بقول ابن المنجا أن المذهب أنها لا تزوج، لأنه اعتمد في ذلك على تقديم أبي محمد، وما استدل به من قصة قدامة بن مظعون، وقوله ﷺ: «هي يتيمة ولا تزوج إلا بإذنها» دليل عليه، لأن ظاهره أن اليتيمة لها إذن صحيح تزوج به، انتهى، أما إن بلغت فلا إشكال في صحة إذنها وتزويجها به (وعن أحمد) رواية أخرى أن لغير الأب من الأولياء تزويج الصغيرة، ولها الخيار إذا بلغت، لظاهر قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا﴾ [النساء: ٣] الآية مفهومه أنه إذا لم نخف لنا تزويج اليتيمة، وهو شامل لمن لها دون التسع، ويفيد النكاح على هذه الرواية الحل والإرث، قاله أبو البركات، فيكون النكاح صحيحاً، وخيارها كخيار المعتقة تحت عبد، وظاهر كلام ابن أبي موسى أنه لا يفيدهما، لأنه جعله موقوفاً، ثم قال: فإذا بلغت تسع سنين فأجازته جاز، وإن ردته بطل، ولم يقل انفسخ، ويؤيد هذا أن الأصحاب أخذوا من هذه الرواية وقف النكاح على الإجازة، وقد علم أن النكاح الموقوف على الإجازة لا يفيد حلاً ولا إرثاً كما تقدم انتهى.

والمراد بالبلوغ البلوغ المعتاد، على ظاهر كلام أحمد، وهو قياس رواية عدم صحة إذن بنت تسع سنين، وقياس المذهب في صحة إذن ابنة تسع أنه بلوغ تسع سنين، وهو الذي قطع به ابن أبي موسى، والشيرازي، والله أعلم.

قال: ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسناً.

ش: خروجاً من الخلاف، وتطييباً لقلبها، ولهذا استحب استئذان المرأة في ابنتها.

٢٤٥٥ ـ قال ﷺ: «آمروا النساء في بناتهن»(١) وقد يقال من هذا أن ظاهر كلام الخرقي أنه لا إذن لابنة تسع، وإلا لاستحب استئذانها، وقد يقال: استضعف الخلاف فيها فلم يعرج عليه، والله أعلم.

قال: وإن زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وإن رضيت بعد.

ش: الضمير راجع للأب، ولا ريب أنه ليس له تزويج الثيب الكبيرة بدون إذنها، لما تقدم من قوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها» ونحوه، مع أن أحمد قال في

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٩٥.

رواية عبد الله: ليس بين الناس اختلاف في الثيب الكبيرة أنها لا تزوج إلا بإذنها. واختلف هل له تزويج الثيب الصغيرة بدون إذنها؟ على قولين مشهورين، الذي عليه عامة الأصحاب ـ ابن بطة، وصاحبه أبو الخطاب، وابن عقيل، والشيرازي، وأبو محمد ـ لا، لعموم ما تقدم (والثاني) نعم، لعموم الآية، إن قيل بعدم صحة إذن ابنة تسع، وقياساً على إجبار الصغير الذي لم يبلغ، قال ابن عقيل: أصل الوجهين في الثيب الصغيرة ما تقدم في الروايتين في البكر البالغ، إن قلنا هناك: لا تجبر البالغ مع البكارة. قلنا هنا: وهذا الذي اقتضى ـ والله أعلم ـ لأبي الخطاب في الانتصار وأبي البركات حكاية الخلاف على روايتين، وأرادا مخرجتين، وإلا فعامة الأصحاب على حكاية وجهين.

(وهنا شيء آخر) وهو أن أبا البركات إنما حكى الخلاف في ابنة تسع، وجعل من لم تبلغها تجبر بلا خلاف، وهذه طريقة أبي الخطاب في الانتصار، فإنه قال بعد ذكر الخلاف: وهذا إنما نقوله في حق المراهقة، ومن تستلذ بالوطء، لأنا نعلل بالاختيار ومن لا تستلذ لا تجبر، وعامة الأصحاب يطلقون الخلاف، فيشمل من لم تبلغ التسع، ويعين جريان الخلاف في ذلك أن أبا بكر قال في الخلاف: الثيب إذا كان لها دون تسع سنين لا يزوجها أحد إلا الأب يزوجها ولا يستأمرها، قال القاضي: فعلى قوله تجبر على النكاح إلا أن تبلغ سناً يصح إذنها فيها، وهو تسع سنين، والقاضي وأصحابه ينصبون الخلاف معه، وإذا كان هو إنما يقول بإجبار من لم تبلغ تسعاً، فهم يقولون: لا تجبر. ثم إن أبا بكر ظاهر كلامه أن الثيب إذا بلغت تسعاً زوجت بإذنها، والأصحاب يوافقونه على هذا، وهذا في غاية الجودة، ولا يأباه طريقة أبي البركات، وبه يحصل الجمع بين الآية والأحاديث، إذ قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] يشمل الثيب، فيحمل على من لم تبلغ تسعاً، وقوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها» «ليس للولي مع الثيب أمر» وغير ذلك يحمل على من بلغتها، وإلا لو قيل بإجبار الثيب غير البالغة مطلقاً لزم خروج الأب من الأحاديث رأساً، ولو قيل بعدم إجبارها لزم خروجها من الآية رأساً، ولا يخفى أن الحمل على ما تقدم أقل تخصيص وأظهر في المعنى، وينتظم من هذا وما تقدم في البكر أن المرجح أن للأب تزويج من لم تبلغ تسعاً مطلقاً وكذلك من بلغتها بإذنها كغيره من الأولياء.

وقول الخرقي: وإن رضيت بعد. بناء على المذهب من أن النكاح لا يقف على الإجازة، وقوله: بغير إذنها. مفهومه أنه إذا زوجها بإذنها أنه يصح، وهو يعتمد أن يكون لها إذن، وذلك في البالغة بلا نزاع، وفي ابنة تسع على الصحيح، وحكم غير الأب كالأب في ذلك.

(تنبيه) لم يصرح الخرقي بذكر المجنونة، وحكمها أن الأب يجبر من يجبرها لو كانت عاقلة بلا نزاع بطريق الأولى، وهل يجبر من لا يجبرها لو كانت عاقلة؟ فيه

وجهان (أحدهما) ـ وهو اختيار القاضي والشيخين وغيرهما ـ يجبرها، لأنها أسوأ حالاً من الصغيرة. (والثاني) ـ وهو قول أبي بكر في الخلاف، وظاهر عموم قول الخرقي في هذه المسألة ـ لا يجبرها، لظاهر «ليس للولي مع الثيب أمر» وغير ذلك، وحكم وصي الأب في النكاح حكم الأب، أما غير الأب من الأولياء فقيل ـ وهو اختيار أبي الخطاب والشيخين ـ: لهم تزويجها بشرط أن يظهر منها الميل إلى الرجال، لحاجتها إذاً لدفع ضرر الشهوة، وصيانتها عن الفجور، مع ما فيه من مصلحة تحصيل المهر والنفقة وغير ذلك، قال أبو محمد: وكذلك ينبغي أن تزوج إذا قال أهل الطب إن علتها تزول بتزويجها، لأن ذلك من أعظم مصالحها، وقيل ـ وهو ظاهر كلام الخرقي ـ: ليس لهم ذلك، لأن هذه ولاية إجبار، فلا تثبت لغير الأب كالعاقلة، وقيل: يملك ذلك الحاكم، لكمال نظره، وولايته العامة، بخلاف غيره من الأولياء، ومحل الخلاف إذا لم يكن وصي في النكاح، أما مع وجوده فحكمه حكم الأب على ما تقدم. والله أعلم.

قال: وإذن الثيب الكلام. وإذن البكر الصمات.

ش: للأحاديث السابقة، فإنها نص في أن إذن البكر الصمات، وظاهرة في أن إذن الثيب الكلام، إذ تخصيص البكر بالصمات ظاهر في أن الثيب إذنها النطق.

٢٤٥٦ ـ وقد روى الأثرم عن عدي الكندي، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها»(١) وقد دخل في كلام الخرقي من ثابت بزنا، وصرح به الأصحاب، لعموم الحديث، ولأن الحكمة التي اقتضت التفرقة بينها وبين البكر مباضعة الرجال ومخالطتهم، وهذا موجود في المصابة بالزنا، ولهذا قال الأصحاب: إن البكارة لو زالت بإصبع أو وثبة فهو كما لو لم تزل، في بقاء إذن البكر، لعدم المباضعة والمخالطة، وعكس هذا لو عادت بكارتها بعد زوالها بوطء، هي في حكم الثيب، ذكره أبو الخطاب أنه محل وفاق لوجود المباضعة.

وعموم كلام الخرقي يشمل الأب وغيره، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية الميموني، وصرح به أبو الخطاب في الانتصار، وشيخه في الجامع الكبير، وفي التعليق في موضع، وأبو محمد وغيرهم، وقال القاضي في التعليق في مسألة إجبار البالغة: من أصلنا أن إذن البكر في حق غير الأب النطق. وقال ذلك أيضاً فيمن رأى عبده يتجر فسكت، وكذلك قال في المجرد في نكاح الكفار، والمذهب الأول لقول النبي ﷺ: «إذن البكر صماتها» وهو عام، وقال: «تستأمر اليتيمة، فإن سكتت فهو إذنها» وفي لفظ «فقد أذنت» واليتيم من لا أب له.

(تنبيه) قال أبو العباس: يعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع المعرفة

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ١٨٧٢، وأحمد ٤/ ١٩٢.

به، ولا تشترط تسمية المهر على الصحيح، والله أعلم.

قال: وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها فقد ثبت النكاح.

ش: هذا هو المنصوص والمختار لعامة الأصحاب.

٢٤٥٧ ـ لما روى أبو العجفاء رضي الله عنه قال: خطبنا عمر فقال: ألا لا تغالوا في صدق النساء، فإنه لو كان مكرمة في الدنيا، أو تقوى في الآخرة، كان أولاكم بها النبي ﷺ، ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من ثنتي عشرة أوقية[1]. رواه الخمسة وصححه الترمذي، وهذا قاله بمحضر من الصحابة، ولم ينقل مخالفته، فينزل منزلة الإجماع، وظاهره أن كل أحد يصح أن يزوج موليته على مثل هذا المهر، وإن كان مهر مثلها أكثر، وإنما خصصنا ذلك بالأب لأنه الذي له الولاية التامة، ولما سيأتي.

٢٤٥٨ ـ وعن سعيد بن المسيب أنه زوج ابنته بدرهمين، وهو من سادات قريش شرفاً وعلماً وديناً، ومن متموليهم أيضاً، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها، ولأن المقصود من النكاح السكن، ووضع المرأة عند من يصونها، ويحسن عشرتها، لا العوض، والظاهر من الأب مع تمام شفقته أنه لا ينقص ابنته عن مهر مثلها إلا لهذه المعاني أو بعضها، لا سيما وهو غير متهم، وبهذا خرج سائر الأولياء، وخرج أيضاً بيع الأب لسلعتها، لأن المقصود تحصيل العوض لا غيره، فلذلك لم يجز أن يبيع بدون ثمن المثل، وظاهر كلام ابن عقيل في الفصول اختصاص هذا الحكم بالأب المجبر، قال: وإذا زوج الأب ابنته التي يملك إجبارها ـ وهي الصغيرة رواية واحدة، والبكر البالغة في إحدى الروايتين ـ بدون مهر مثلها يثبت المسمى، وللقاضي في تعليقه احتمال بأن حكم الأب مع الثيب الكبيرة حكم غيره من الأولياء، وحكى ابن حمدان في رعايتيه قولاً أن على الزوج بقية مهر المثل، وأطلق.

وكلام الخرقي يشمل وإن كرهت، ونص عليه أحمد والأصحاب، وقد يستشكل بأن من لا يملك إجبارها إذا قالت: أذنت لك أن تزوجني على مائة درهم لا أقل، فكيف يصح أن يزوجها على أقل من ذلك، وقد يقال: إذنها في المهر غير معتبر فيلغى، ويبقى أصل إذنها في النكاح، والله أعلم.

قال: وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح، وكان لها مهر مثلها.

ش: إذا زوج غير الأب موليته بدون مهر مثلها فإن النكاح صحيح، لأن قصاراه أن التسمية فاسدة، والنكاح لا يبطل بفساد التسمية، ويجب مهر المثل، جريا على القاعدة بأن التسمية إذا فسدت وجب مهر المثل. وظاهر كلام الخرقي ـ وهو المذهب عند أبي الخطاب وأبي محمد وغيرهما ـ أن جميع مهر المثل على الزوج، وذلك لأن

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢١٠٦، والنسائي ٦/١١٧، وابن ماجه حديث ١٨٨٧، وأحمد ١/٤٠، ٤٨.

التسمية لما فسدت لعدم الإذن فيها شرعاً وجب على الزوج مهر المثل، إذ هو بدل البضع، كما لو زوجها الولي على محرم، وحكى أبو البركات وغيره رواية أن تمام مهر المثل على الولي، لأنه مفرط، أشبه الوكيل في البيع إذا باع بدون ثمن المثل أو بدون ما قدر له وصححنا على المنصوص، وأخذ ذلك ـ والله أعلم ـ من قول أحمد: أخاف أن يكون ضامناً وظاهره أن الوكيل يضمن ما نقص من مهر المثل، وفهم أبو محمد من هذا النص أن الولي يضمن الزوج، فقطع في المغني بوجوب مهر المثل على الزوج، وجعل الولي ضامناً له، وليس بالبين.

واعلم أنه قد يطلب الفرق ـ على المذهب ـ بين هذا وبين الوكيل، وقد يفرق بأن القاعدة عندنا أن النهي يقتضي الفساد، فالولي لما خالف ما أمر به فسدت التسمية، وإذا فسدت لم يفسد العقد، كما هو مقرر في موضعه، ووجب الرجوع إلى مهر المثل، ويجب جميعه على الزوج إذ القاعدة أن العوض يجب على من حصل له المعوض، والمعوض حصل للزوج، فوجب استقرار العوض عليه، (أما في البيع) فمن راعى هذين الأصلين من غير نظر إلى معنى آخر ـ كأبي محمد ـ أبطل البيع، (وأما على المنصوص) فنقول: النهي إذا كان لحق آدمي معين، وأمكن تداركه، لا يبطل العقد، كتلقي الركبان ونحوه، وهنا كذلك، لأنه أمكن زوال المفسدة التي لأجلها ورد النهي بأن يجعل على الوكيل ضمان النقص لتفريطه، ولا يمكن أن يجعل على المشتري، لأنه زيادة على الثمن الذي وقع العقد عليه مع صحة الثمن، ولا أن تلغى التسمية، لأن العقد إذاً يفسد، والأصل تصحيح كلام المكلف مهما أمكن والله أعلم.

قال: ومن زوج غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز إلا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج.

ش: للأب أن يزوج ابنه الذي لم يبلغ على المذهب المنصوص.

٢٤٥٩ ـ لما روى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه زوج ابنه وهو صغير، فاختصموا إلى زيد فأجازاه جميعاً ولأنه يتصرف في ماله بغير تولية، فكان له تزويجه كابنته الصغيرة.

وظاهر كلام الخرقي وكثيرين أنه لا يشترط حاجة الصغير، وقال القاضي في المجرد: الصغير كالمجنون، إن كان محتاجاً إلى النكاح زوجه وإلا فلا، فإن أراد الحاجة إلى النكاح ـ وهو الذي فهمه ابن عقيل لأنه قال: هذا إنما يتصور في المراهق ـ فظاهر كلام أحمد والأصحاب خلافه، وإن أراد الحاجة مطلقاً فغير مخالف لأن الأب وغيره تصرفهم منوط بالمصلحة. انتهى، وللأب أيضاً أن يزوج ابنه المعتوه أي المجنون، وهذا ظاهر كلام أحمد، واختيار أبي الخطاب والشيخين وغيرهما، لأنه غير مكلف، أشبه الصغير بل أولى، لأنه يتوقع منه النظر عند الحاجة إليه، بخلاف المجنون، وشرط القاضي لذلك أن يظهر منه أمارات الشهوة من تتبع النساء ونحو

ذلك، وحمل كلام أحمد والخرقي على ذلك، إذ تزويجه مع عدم ذلك إضرار به، لالتزامه حقوقاً لا مصلحة في التزامها، ومنع أبو بكر في الخلاف من تزويج البالغ مطلقاً، لأنه بالغ محجور عليه، أشبه المفلس.

ومحل الخلاف في المجنون المطبق، أما من يخنق أحياناً فلا يزوج إلا بإذنه، ومن زال عقله ببرسام ونحوه إن رجي زوال علته فكالمخنق، وإلا فكالمجنون. انتهى.

ووصي الأب في النكاح قائم مقامه، فيزوج الصغير والمجنون كالأب، لأنه قائم مقامه، ونائب منابه، وهذا يعتمد أصلاً، وهو أن ولاية النكاح تستفاد بالوصية، (وهو إحدى الروايات) عن أحمد، والمختار لجمهور الأصحاب، القاضي وولده أبي الحسين، والشريف وأبي الخطاب، وابن عقيل والشيرازي، وابن البنا وأبي محمد وغيرهم، لأنها ولاية ثابتة، فجازت الوصية بها كولاية المال، ولأن له أن يستنيب في حياته، فكذلك بعد مماته كالمال، (وعنه) ـ واختاره أبو بكر ـ لا يستفاد بذلك، لأنها ولاية تنتقل إلى غيره، فلم تجز الوصية بها كالحضانة، يحققه أنه لا ضرر على الوصي في وضعها عند من لا يكافيها، فهو كالأجنبي.

٢٤٦٠ ـ واستدل لها بما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: توفي عبد الله بن مظعون وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم، وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون، قال عبد الله: وهما خالاي. قال: فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عبد الله بن مظعون فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة يعني إلى أمها، فأبيا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله ﷺ، فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله ابنة أخي أوصى بها إلي، فزوجتها ابن عمتها، فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة، ولكنها امرأة، وإنما حطت إلى هوى أمها. قال: فقال رسول الله ﷺ: «هي يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها» قال: فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها، فزوجوها المغيرة بن شعبة[1]، رواه أحمد والدارقطني. ولو استفاد ولاية النكاح بالوصية لملك الإجبار كالأب، ولم يكن لها معه إذن، وحمله القاضي على أنه كان ولياً في المال، ويرده تعليله ﷺ بقوله: «هي يتيمة» ولم يقل: ولايتك في المال، لا في النكاح، لكن قد يقال: إن هذه واقعة عين فيحتمل أن هذه اليتيمة كانت ابنة تسع، وهو الظاهر من القصة، ويلتزم أن ابنة تسع لا يزوجها أبوها إلا بإذنها، وكذلك وصيه في النكاح، بل قد يقال إن هذا الحديث يستدل به على أن ولاية النكاح تستفاد بالوصية، لأنه زوج بذلك، ولم ينكر عليه النبي ﷺ ذلك، وقد يقال: إنما لم ينكر عليه لأن له ولاية بالعمومة ضائعاً.

(وعن أحمد) رواية ثالثة ـ حكاها القاضي في الجامع الكبير، وهي اختيار ابن حامد ـ إن كان ثم عصبة لم تستفد، حذاراً من إسقاط حقهم، وإلا استفيدت، لعدم

(١) أخرجه أحمد ٢/ ١٣٠، والدارقطني ٣/ ٢٣٠.

ذلك، وشرط الخرقي أن يكون وصياً في النكاح، فلو كان وصياً في المال لم تكن له ولاية التزويج، لأنها إحدى الوصيتين، فلا تملك بها الأخرى، كوصية النكاح، لا يملك بها المال.

ثم ظاهر كلام المصنف والإمام والأصحاب أنه لا خيار للصبي والحال هذه إذا بلغ، قال القاضي: ووجدت في رقعة بخط أبي عبد الله جواب مسألة إذا زوجه نظراً للصغير وهو وصي، ثبت نكاحه وتوارثا، فإذا بلغ فله الخيار. انتهى وليس لغير الأب والوصي ـ من حاكم ووصي ـ تزويج الصغير والمجنون، لأنه إذا لم يكن لهما تزويج الصغيرة فالصغير أولى، وهذا ظاهر كلام أبي الخطاب كما اقتضاه كلام الخرقي، وإليه ميل أبي محمد، وأجاز ذلك ابن حامد للحاكم خاصة، بشرط ميل المجنون للنساء، بأن يتتبعهن ونحو ذلك، وألحق أبو محمد بذلك ما إذا قال أهل الخبرة إن علته تزول بتزويجه، وتبع القاضي في المجرد، وأبو البركات وابن حامد بغير شرط، لأنه يلي ماله، أشبه الأب، ومن هنا يخرج لنا قول أن الجد يزوج الصغير إن قلنا يلي ماله.

(تنبيهان) أحدهما كلام الخرقي فيما تقدم يشمل الأب الكافر، وصرح به القاضي، لأن الحظ والشفقة موجودة فيه، فأشبه المسلم، ولنا وجه في الكافر أنه لا يلي مال ولده الكافر، فيخرج هنا كذلك (الثاني) إطلاق الخرقي يقتضي أن للأب تزويج ابنه الصغير بأربع، وصرح به القاضي في الجامع الكبير، لأنه قد يرى المصلحة في ذلك، قلت: وقال في المجرد: قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من واحدة، إذ حاجته تندفع بذلك. والله أعلم.

قال: وإذا زوج أمته بغير إذنها لزمها النكاح وإن كرهت، كبيرة كانت أو صغيرة.

ش: هذا هو المذهب المعروف، المجزوم به عند الأصحاب، لأن النكاح عقد على منفعتها، وهي مملوكة له أشبه إجارتها ونقل أبو عبد الله النيسابوري عن أحمد أنه سئل هل يزوج الرجل جاريته من غلامه بغير مهر؟ فقال: لا يعجبني إلا بمهر وشهود. قيل: فإن أبت هي، وقالت: لا أتزوج. فللسيد أن يكرهها على ذلك؟ قال: لا إلا بإذنها. قال أبو العباس: ظاهر هذا أن السيد لا يجبر الأمة الكبيرة، بناء على أن منفعة البضع ليست بمال، بدليل أن المعسرة لا تلزم بالتزويج، ولا تضمن باليد اتفاقاً، وملك السيد لها كملكه لمنفعة بضع زوجته، والقاضي ذكر هذا النص في الجامع الكبير، فيما إذا وجد أحدهما بالآخر عيباً به مثله، وقال: ظاهر هذا أنه لم يجعل للسيد إجبار أمته على نكاح العبد، وإن كان مساوياً لها فيقتضي أن المساواة في النقص لا يمنع الفسخ، قال أبو العباس: وفي هذا نظر، إذ الرق من باب عدم الكفاءة، ولو زوجت المرأة بمن يكافئها في النسب ونحوه لم يكن لها فسخ بحال، قلت: وتمام هذا أن العبد والحال أنه لا فسخ لها لوجود المكافأة، وإنما لها الفسخ للعيب وهو الرق، إذ ليس للولي أن يزوج موليته بمعيب، كما هو مقرر في موضعه.

وقد شمل كلام الخرقي المدبرة، والمعلق عتقها بصفة، وأم الولد، والمكاتبة، وهو صحيح فيما عدا المكاتبة، لمساواتهن للأمة فيما تقدم، أما المكاتبة فليس له إجبارها على النكاح، لأنها قد ملكت منافعها عليه، ولهذا لا يجوز له وطؤها ولا إجارتها. والله أعلم.

قال: وإذا زوج عبده وهو كاره، لم يجز إلا أن يكون صغيراً.

ش: لا يملك السيد إجبار عبده الكبير على النكاح، نص عليه أحمد، وقاله الأصحاب، لأنه مكلف يملك الطلاق، فلا يجبر على النكاح كالحر، لأن النكاح خالص حقه، ونفعه له فأشبه الحر، وكذلك الصغير على وجه، قاله أبو الخطاب في الانتصار، والمذهب ـ وهو المنصوص ـ أن له إجباره قياساً على الابن الصغير بل أولى، لثبوت الملك له عليه، والحكم في العبد المجنون كالحكم في الصغير قاله الشيخان، والله أعلم.

قال: وإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما.

٢٤٦١ ـ ش: لما روى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما، وأيما رجل باع بيعين من رجلين فهو للأول منهم»[1] رواه الخمسة وحسنه الترمذي. . وروى الأثرم بسنده عن إبراهيم أن علياً قضى بذلك، لكن في سماع الحسن من سمرة خلاف. وقد شمل كلام الخرقي وإن لم يعلم الثاني، ودخل بها، وهو كذلك خلافاً لمالك، لعموم الحديث.

وقول الخرقي: زوج الوليان يعني بشرطه، وهو أن تأذن لهما في نكاحها، ويتساويان في الدرجة كالابنين والأخوين ونحوهما، وهذا قد علم مما تقدم. والله أعلم.

قال: فإن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما، وكان لها عليه مهر مثلها.

ش: إذا زوج الوليان فدخل بها الثاني، والحال أنه لا يعلم أنها مزوجة، فإنه يفرق بينهما، لترد إلى زوجها، وهذا تفريق حسي من غير فسخ، لبطلان النكاح، قاله أبو محمد، وكذلك قال ابن أبي موسى نزل عنها من غير طلاق، واستشكل بأن مالكاً رحمه الله قال: تصير زوجة الثاني بالدخول، وإذاً يجب الطلاق كالأنكحة الفاسدة، وأجيب بأن الإباحة حصلت بالوطء لا بالعقد. انتهى. ويجب لها عليه المهر، لأنه وطء شبهة، أشبه المنكوحة بغير ولي.

٢٤٦٢ ـ ودليل الأصل قوله عليه الصلاة والسلام «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها»[2] الحديث،

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٨٨، والنسائي ٧/ ٣١٤، وابن ماجه حديث ٢١٩٠، وأحمد ٥/ ٨، ١٨.
(٢) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٣٩٥.

وهل يجب مهر المثل أو المسمى؟ قال الخرقي: مهر المثل. وصححه أبو محمد، لأنه يجب بالإصابة لا بالتسمية، وقال أبو بكر في الخلاف: يجب المسمى. قال القاضي: وهو قياس المذهب. إذ من أصلنا أن النكاح الفاسد إذا حصل فيه دخول وجب المسمى، وحمل كلام الخرقي على أنه لا مسمى.

ومفهوم كلام الخرقي أنه إذا لم يدخل بها الثاني لا تفريق لوجوده حساً، ولا مهر، لأن وجوبه بالإصابة لا بالتسمية، ولا إصابة، ومقتضى قول القاضي وجوبه بالخلوة كما في النكاح الفاسد عنده وقوله: وهو لا يعلم. قد يقال: خرج مخرج الغالب، حملاً لحال المسلم على السداد، وإذاً لا مفهوم له، فيفرق بينهما أيضاً، ويجب لها المهر، نعم إن كانت هي أيضاً عالمة فلا مهر لها، لأنها إذاً زانية، والله أعلم.

قال: ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها فيه الثاني.

ش: إنما لم يصبها زوجها حتى تحيض ما ذكر فلأنها معتدة من غيره، والمعتدة لا يجوز وطؤها، حذاراً من اختلاط المياه.

٢٤٦٣ ـ قال ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره»[1] وبيان لزوم العدة عليها أنها موطوءة بشبهة، والموطوءة بشبهة تلزمها العدة، لتحصل براءة رحمها، حفظاً للأنساب، وتعتد عدة المطلقة، لاشتراكهما في لحوق النسب، ولو كان الخرقي رحمه الله قال: تعتد عدة المطلقة. لكان أجود لشموله.

ومفهوم كلام الخرقي أن له أن يستمتع بها لتخصيصه المنع بالإصابة، وهو أحد الوجهين. والله أعلم.

قال: وإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان.

ش: هذا إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله، واختيار أبي محمد في المغني، لأن كل واحد منهما والحال هذه يحتمل أن نكاحه صحيح، ولا سبيل إلى الجمع، ولا إلى معرفة الزوج يقيناً، والانتظار لا إلى غاية مجهور، فتعين فسخ النكاحين، لإزالة الضرر المنفي شرعاً (والرواية الثانية) ـ وهي اختيار أبي بكر النجاد، والقاضي في التعليق، والشريف وأبي الخطاب، والشيرازي ـ يقرع بينهما، إذ القرعة تزيل الإبهام، وقد دخلت في السفر بإحدى نسائه، والبداءة بالمبيت عند إحداهن، فكذلك ههنا، ولأن القرعة قد دخلت في استدامة النكاح، كما إذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها، أو بعينها ثم أنسيها على المشهور، فكذلك في ابتدائه، وقال ابن أبي موسى: يبطل النكاحان. وظاهره الحكم ببطلانهما من غير احتياج إلى فسخ، ولا إلى قرعة.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢١٥٨، والدارمي ٢/٢٢٦، وأحمد ٤/١٠٨، ١٠٩.

وكلام الخرقي يشمل ما إذا علم عين السابق ثم جهل، أو علم السبق ولم يعلم السابق، ولا إشكال في جريان الروايتين في هاتين الصورتين، وقد يشمل أيضاً ما إذا جهل كيف وقعا، وقد اختلف الأصحاب في هذه الصورة، فعند أبي الخطاب والشيخين، والقاضي في الجامع فيما أظن أنها على الروايتين أيضاً، وليس عند القاضي في التعليق والجامع الكبير إلا البطلان، وكذلك ابن حمدان في رعايتيه، إلا أنه في الكبرى حكى قولاً بالبطلان ظاهراً لا باطناً.

وقد خرج من كلام الخرقي ما إذا وقعا معاً، وللأصحاب فيه أيضاً طريقتان (إحداهما) ـ وهي طريقة الأكثرين، أبي الخطاب في الهداية، وابن البنا، والشيخين، وابن حمدان وغيرهم ـ الجزم بالبطلان من غير فسخ ولا قرعة، إذ القرعة إنما تدخل لتمييز الصحيح، ولا صحيح (والثانية) ـ وهي طريقة القاضي في الروايتين ـ جريان الروايتين فيه، معللاً بأنه إذا جازت القرعة مع العلم بفساد المتأخر، فأولى أن تجوز إذا لم يحكم بفساد أحدهما، ومستشهداً بأن القرعة تدخل بين العبيد الذين أعتقهم في مرضه، وإن كانوا دفعة، وله في تعليقه احتمالان كالطريقتين.

(تنبيهات) أحدها على الرواية الأولى الفاسخ هو الحاكم، قاله القاضي في تعليقه، وفي جامعه الصغير، وأبو الخطاب والشيخان، لأنه فسخ مختلف فيه، والمختلفان ترجع إلى الحكام، وقال ابن عقيل والسامري، وابن حمدان في رعايتيه: للزوجين الفسخ، ولعلهم يريدون بإذنه، وعن أبي بكر يطلقانها (الثاني) على الرواية الثانية إذا أقرع بينهما، فمن خرجت قرعته فهي زوجته بالنكاح الأول، من غير تجديد عقد، على ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور يقرع بينهم، فمن وقعت عليها القرعة فهي له، وهو ظاهر كلام الجمهور ـ ابن أبي موسى، والقاضي وأصحابه، وصرح به القاضي في الروايتين، وابن عقيل، معللاً بأن القرعة جعلت في الشرع حكماً للتمييز، وقال أبو بكر بن سليمان النجاد: من خرجت القرعة له جدد نكاحه. وكذا قال سليمان النجاد: قال أبو محمد: وينبغي أن لا تجبر المرأة على نكاح من خرجت له القرعة، بل لها أن تتزوج من شاءت منهما ومن غيرهما، وضعف هذا أبو العباس، لاتفاق الروايتين أيضاً، وقد أشار إلى هذا ابن عقيل، فقال ـ بعد ذكر قول النجاد ـ: وهذا استظهار حسن، غير أن اعتباره تعطيل للقرعة عن جهة الإباحة، قال أبو العباس: وإنما على هذا القول، يجب أن يقال: هي زوجة القارع، تجب عليه نفقتها وسكناها ونحو ذلك ولا يطأ حتى يجدد، فالتجديد لحل الوطء، قال أو يقال: لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد، ويكون التجديد عليه وعليها، انتهى.

(الثالث) على هذه الرواية أيضاً لا يؤمر من لم تخرج له القرعة بطلاق، ذكره القاضي في المجرد، وابن عقيل، معتمدين على أنه ظاهر كلام أحمد، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى، وقال النجاد والقاضي في الروايتين، وفي الجامع، وأبو الخطاب في

الهداية، والشيخان: يؤمر بالطلاق، لجواز أن تكون زوجته، كما يفسخ الحاكم النكاح الفاسد، المختلف فيه، وحكى المسألة ابن البنا على روايتين، وقد تبين أن من قال لا تجديد منهم، قال بالطلاق، فإذاً في الفرعين ثلاثة أقوال، ثالثها يؤمر المقروع بالطلاق، ولا يجدد القارع، ولعله المذهب، والله أعلم.

قال: وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل.

ش: هذا هو المذهب بلا ريب.

٢٤٦٤ ـ لما روى جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه، فهو عاهر»[1] رواه أبو داود والترمذي وحسنه. والعاهر الزاني، ولأن في ذلك تفويتاً لمنفعة السيد الواجبة له، لانشغاله بحقوق الزوجية، وأنه لا يجوز، وقد حكى ابن المنذر هذا إجماعاً (وعن أحمد) رواية بالوقف على الإجازة وتحكى عن الحنفية، والله أعلم.

قال: وإن كان دخل بها فعلى سيده خمسا المهر، كما قال عثمان بن عفان رضي الله عنه، إلا أن يجاوز الخمسان قيمته، فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه.

ش: إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ودخل بها، وجب عليه شيء في الجملة كما اقتضاه كلام الخرقي، ونص عليه أحمد والأصحاب، لقول النبي ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها» والعبد والحال هذه قد استحل فرجها، فيكون لها المهر، (وقد روى عنه حنبل): إذا تزوج بغير إذن سيده فلا مهر. قال أبو محمد: فيحتمل أن تحمل على إطلاقها، ويحتمل أن تحمل على ما قبل الدخول، ويحتمل أن تحمل على أن المهر لا يجب في الحال، بل يجب في ذمة العبد، يتبع به إذا عتق، وحملها أبو البركات على ما إذا كانا عالمين بالتحريم، وتبعه ابن حمدان، وزاد: قلت: أو علمت المرأة وحدها، وهذا حكاه أبو محمد عن القاضي.

٢٤٦٥ ـ (فعلى المذهب) الواجب خمسا المهر، اتباعاً لقضاء عثمان رضي الله عنه، وهو ما روى أحمد قال: حدثنا عبد الله بن أبي بكر، عن سعيد، عن قتادة، عن خلاس، أن غلاماً لأبي موسى تزوج مولاة ـ أحسبه قال ـ تيجان التيمي بغير إذن أبي موسى، فكتب في ذلك إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، فكتب إليه: أن فرق بينهما، وخذ لها الخمسين من صداقها، وكان صداقها خمسة أبعرة، قال قتادة: فذكرت ذلك ليلال فقال: نعم ذاك غلامنا تزوج أم رواح. وهذه قضية في مظنة الشهرة، ولم ينقل إنكارها، فيكون حجة، ولأنها تخالف القياس، فالظاهر أنها بتوقيف من النبي ﷺ، لا يقال: يجوز أن يكون خمسا المهر قدر مهر المثل، لأنا نقول هذا

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٧٨، وأحمد ٣/ ٣٠١.

بعيد من الظاهر، لأن مهر المثل يحتاج إلى نظر وتأمل، ثم إنه لا يترك في الحديث ما الحكم منوط به، (وهذا إحدى الروايات) وأشهرها، واختيار القاضي، والشريف، وأبي الخطاب، والشيرازي، وغيرهم (والثانية) الواجب مهر المثل، اختارها أبو بكر، قياساً على سائر الأنكحة الفاسدة (والثالثة) الواجب المسمى، بناء أيضاً ـ والله أعلم ـ على أن الواجب في الأنكحة الفاسدة ذلك، ويشهد له حديث المنكوحة بغير ولي، ولعل أصل هاتين الروايتين الروايتان ثم، وقد استشهد القاضي على وجوب مهر المثل هنا بقول أحمد في رواية المروذي: إذا تزوج بغير إذن سيده يعطي شيئاً، قيل له: تذهب إلى قول عثمان بن عفان رضي الله عنه؟ قال: أذهب إلى أن يعطي شيئاً، إما ما اصطلحا عليه، أو ما يراه الحاكم. انتهى (والرواية الرابعة) يجب الخمسان إن علمت عبوديته، وإلا فالمهر كاملاً، حكاها أبو محمد. انتهى.

وقول الخرقي: وإن كان دخل بها. أراد بالدخول ـ والله أعلم ـ الوطء، وكذا صرح به غيره، فعلى هذا لا يجب قبل الخلوة، وهو واضح، ولا بعدها وقبل الوطء، لعدم الجناية، وقد يقال بالوجوب، كما في سائر الأنكحة الفاسدة، (وقوله): خمسا المهر. اللام للعهد، أي المهر المسمى، وهذا كما في الحديث «لها المهر بما استحل من فرجها» وهو مقتضى قصة عثمان رضي الله عنه، ولأبي محمد احتمال في المغني أن الواجب خمسا مهر المثل، ولا تعويل عليه، ولو عدم المسمى فقال القاضي في تعليقه: ظاهر كلام أحمد في رواية المروذي أنها لا تستحق جميعه، (وقوله): إلا أن يجاوز الخمسان قيمته فلا يلزم السيد أكثر من ذلك. وذلك لأن الواجب عليه ما يقابل تلك الرقبة، بدليل ما لو سلم العبد لم يلزمه شيء، وفي هذا إشعار بأن الحق يتعلق برقبته، وهو واضح، لأنها جنايته، فتعلقت برقبته كبقية جناياته، (وقوله): أو يسلمه. الظاهر أنه معطوف على قوله: فعلى سيده خمسا المهر. أي أو يسلمه. وهذا أصل يأتي إن شاء الله تعالى في الجنايات، والله أعلم.

قال: وإذا تزوج الأمة على أنها حرة، فأصابها وولدت منه فالولد حر، وعليه أن يفديهم والمهر المسمى.

ش: لا يبطل النكاح بالغرور في الجملة لأن المعقود عليه في النكاح الشخص، والصفات تابعة له، فإذا وجدت بخلاف الشرط لم يبطل العقد، كمن باع عبداً على أنه صحيح، فبان معيباً، إذا تقرر هذا فإذا تزوج أمة وشرط أنها حرة، وأصابها وولدت منه فولده حر، لاعتقاده حريته، كما لو اشترى أمة فبانت مغصوبة بعد أن أولدها، وعليه فداؤهم على المذهب المعروف المنصوص في رواية الجماعة.

٢٤٦٦ ـ اتباعاً لقضاء الصحابة رضي الله عنهم عمر وعلي وابن عباس، ولأنه نماء مملوكة، فسبيله أن يكون ملكاً لمالكها، وقد فوته الزوج باعتقاده الحرية، فوجب عليه الضمان، كما لو فوته بفعله (ونقل عنه) ابن منصور: لا فداء عليه، لانعقاد الولد

حراً، والحر لا يملك ووهى الخلال هذه الرواية، وقال: أحسبه قولاً روي أولاً لأبي عبد الله رجع عنه لأنهم اتفقوا عنه على الفداء، انتهى، (ونقل عنه) حنبل يخير بين الفداء فيكون ولده حراً وبين الترك فيكون ولده رقيقاً.

٢٤٦٧ ـ وهو ظاهر ما نقل عن علي كرم الله وجهه، وشرط الضمان أن يوضع حياً لوقت يعيش لمثله، وصفة الفداء، ووقته قد تقدما في الغصب، ويجب عليه أيضاً المهر المسمى بما استحل من فرجها، ولا إشكال في ذلك إن كان بعد الإصابة، وهو ممن يجوز له نكاح الإماء، لصحة النكاح، ووجود الإصابة فيه، وإن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء فهو نكاح فاسد من أصله، فإذاً هل الواجب فيه مهر المثل أو المسمى؟ فيه روايتان، ولو تبين له الحال قبل الإصابة وهو ممن يجوز له نكاح الإماء واختار الإمضاء تقرر المسمى عليه (ولنا قول آخر) أنه ينسب قدر مهر المثل لأجل ذلك إلى مهر المثل كاملاً، فيكون له بقدر نسبته من المسمى، يرجع بذلك على من غره، فيقال: كم مهر مثلها إذا كانت أمة؟ فيقال مثلاً: خمسون. وحرة؟ فيقال: ستون. نسبة ما بينهما السدس، فيرجع بسدس المسمى، وإن اختار الفسخ فلا شيء عليه، لأن الفسخ لعذر من جهتها.

وإن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء فقبل الخلوة لا مهر، لفساد العقد، وكذلك بعد الخلوة على رأي أبي محمد، وعلى المشهور يجب، هذا قياس المذهب، والله أعلم.

قال: ويرجع بذلك على من غره.

ش: أي بما غرمه من فداء الأولاد ومن المهر، أما فداء الأولاد فلا نزاع فيه.

٢٤٦٨ ـ لقضاء الصحابة عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم، وأما المهر فلقضاء عمر رضي الله عنه به، وهذا (إحدى الروايتين) واختيار القاضي، وأبي محمد، وغيرهما (والرواية الثانية) لا يرجع بالمهر، اختارها أبو بكر لأنه دخل على ذلك، لا سيما وقد استوفى المنفعة المقابلة له.

٢٤٦٩ ـ مع أن ذلك يروى عن علي رضي الله عنه، وحيث قلنا: يرجع. فإنما ذلك إذا لم يختر إمضاء النكاح حيث يكون له الإمضاء، أما إن اختار البقاء على النكاح حيث جاز له ذلك فلا رجوع إلا بنسبة ما بين المهرين على قويل تقدم.

وقول الخرقي: ويرجع بذلك على من غره. إنما حكم بذلك في صورة الشرط، وهو ما إذا تزوجها على أنها حرة، فقد يقال: مفهومه أنه لا يرجع بذلك إذا ظنها حرة، وصرح بذلك أبو البركات، وتابعه ابن حمدان في رعايتيه، وقبلهما القاضي، بل قيل عن القاضي أنه لا يرجع إلا مع شرط مقارن للعقد، لا مع تقدمه، لأنه مفرط، حيث اعتمد على مجرد ظنه، وظاهر كلام أحمد في رواية حرب يقتضي الرجوع

مع الظن، قال فيمن تزوج بامرأة وظن أنها حرة فأصاب منها أولاداً فإذا هي أمة قال: يفرق بينهما، وأولاده أحرار، ولكن يفديهم، وإن كان غره إنسان فعلى الذي غره أن يفدي ولده. وهذا اختيار أبي محمد وأبي العباس، إذ الصحابة الذي قضوا بالرجوع لم يستفصلوا، ويحقق ذلك أن الأصحاب لم يشترطوا ذلك في الرجوع في العيب.

(تنبيه) الغار من علم أنها أمة ولم يبين، على ظاهر كلام أحمد في رواية ابن الحكم؛ فكاك ولده على الذي غره إذا كان علم الذي غره، فإذاً إذا لم يعلم فالوكيل أو الدلال بينهما لا شيء عليه، وذكر أبو محمد فيما إذا علم بعض أولياء الحرة الغارة احتمالين، اختصاص الغرم بمن علم، والثاني يعم الجميع، لأن حق الآدمي يستوي فيه العمد والسهو، وضعفه أبو العباس بأن هذا مع المباشرة، أما مع التسبب فلا بد من تحريم السبب. انتهى، ثم لا يخلو الغار من أن يكون السيد أو المرأة، أو وكيلهما أو أجنبياً، (فإن كان) السيد والغرور بلفظ الحرية عتقت، وزالت المسألة، وبغيرها لا تثبت حرية، ولا يجب له شيء، إذ لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه، نعم إن قلنا: إن الزوج لا يرجع بالمهر وجب للسيد، لانتفاء المحذور، ولا يتصور الغرور من السيد على قول القاضي، لأن شرط الرجوع عنده اشتراط الحرية مقارناً كما تقدم، (وإن كان) الغار المرأة ففي الرجوع عليها وجهان، (أحدهما) ـ وهو ظاهر كلام الخرقي وجماعة، وقاله القاضي ـ يرجع عليها لمكان الغرور، ثم هل يتعلق برقبتها أو بذمتها؟ على وجهي استدانة العبد بغير إذن سيده قال القاضي: وقياس قول الخرقي الثاني، كمخالعتها بدون إذنه (والوجه الثاني) ـ وهو ظاهر كلام أحمد في رواية جماعة ـ لا يرجع عليها، إذ الولد أو المهر ملك للسيد، وهي لا تملك بدل ذلك، أشبه ما لو أذنت في قطع طرفها، (وإن كان) الغار وكيل المرأة رجع عليه بلا تردد، (وإن كان) الغار أجنبياً رجع عليه، على ظاهر كلام أحمد بل صريحه في روايتي عبد الله وصالح، وظاهر كلام القاضي عدم الرجوع، قال الغار وكيلها أو هي نفسها. والله أعلم.

قال: ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإماء، وإن كان ممن يجوز له فرضي بالمقام فما ولدت بعد الرضى فهو رقيق.

ش: أما التفريق بينهما إن لم يكن الزوج ممن يجوز له نكاح الإماء فلأنا تبينا فساد العقد، أشبه المنكوحة في العدة، أو بلا ولي، وأما ثبوت الخيار ـ كما اقتضاه كلام الخرقي ـ لمن يجوز له نكاح الإماء ـ، وهو الحر بوجود الشرطين فيه، والعبد بشرط أن لا تكون تحته حرة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى ـ فلأنه غر بحريتها، فثبت له الخيار، كما لو غرت بحريته، ولما فيه من ضرر رق الولد، والضرر منفي شرعاً، فعلى هذا إن اختار فسخ النكاح انفسخ ولا كلام، وإن اختار المقام على النكاح فما ولدت بعد رضاه فهو رقيق، لانتفاء الغرور إذاً، وقد علم من هذا أن الولد يتبع أمه في الرق والحرية، ونص عليه أحمد.

٢٤٧٠ ـ محتجاً بقول عمر: أيما عبد تزوج حرة فقد أعتق نصفه.

وقول الخرقي: فما ولدت. ظاهره وإن كانت قد علقت به قبل الرضى، وقد وقع له نحو هذه العبارة في الردة، وأقره أبو محمد ثم على ظاهره، معللاً بأن أكثر الأحكام إنما تتعلق بالوضع، أما هنا فجعل الحكم منوطاً بالعلوق، وهو التخليق، وكذا صرح به أبو البركات.

واعلم أن الخرقي إنما ساق ثبوت الخيار مع الشرط، فقد يقال: ظاهره أنه لا يثبت مع عدمه، وهو أحد الوجهين، لتفريطه حيث لم يحترز بالشرط، وبالغ القاضي في بعض كتبه فشرط كون الشرط مقارناً للعقد، وهو في تعليقه كالخرقي، والصحيح الثبوت بالشرط وبالظن، ثم إن أبا محمد وغيره أطلقوا الظن، وقيده ابن حمدان تبعاً لأبي البركات بما إذا ظنها حرة الأصل؛ وعموم كلام الخرقي يقتضي ثبوت الخيار للعبد كالحر وهو الصحيح، وقيل: لا خيار للعبد لتساويهما. والله أعلم.

قال: وإن كان المغرور عبداً فولده أحرار، ويفديهم إذا عتق ويرجع به إيضاً على من غره.

ش: إذا كان المغرور عبداً فولده أيضاً أحرار كالحر، إذ المقتضي لحرية الولد اعتقاد الواطىء الحرية، وهو موجود هنا، ويفديهم كالحر على ما تقدم، لكن الحر يجب الفداء عليه في الحال، كبقية الحقوق اللازمة له، أما العبد فلا مال له في الحال، فيتأخر الفداء إلى وقت ملكه ويساره وهو العتق، كذا قال الخرقي وغيره، ثم إن القاضي في الجامع بناه على استدانته، بغير إذن سيده هل يثبت في ذمته أو في رقبته؟ على وجهين، وبناه أبو محمد على خلع الأمة بغير إذن سيدها، وهو أوجه، إذ الخرقي يقول في الاستدانة: تتعلق برقبته فلا يجيء بناؤه عليها، أما في الخلع فيقول: يتعلق بذمتها، فيتحد البناء، ثم إن أبا محمد خرج وجهاً آخر أنه يتعلق برقبته كجنايته، انتهى.

ويرجع بالفداء على من غره كما تقدم في الحر لكن الحر يرجع في الحال، أما العبد فلا يرجع إلا حين الغرم، حذاراً من أن يجب له ما لم يثبت عليه، نعم إن قيل: يتعلق الفداء برقبته رجع به السيد في الحال، والله أعلم.

قال: وإذا قال: قد جعلت عتق أمتي صداقها. بحضرة شاهدين، فقد ثبت العتق والنكاح.

ش: هذا المنصوص عن أحمد، والمشهور عنه، رواه عنه اثنا عشر رجلاً من أصحابه، منهم ولداه صالح وعبد الله، وهو المختار لجمهور الأصحاب، الخرقي، وأبي بكر، والشريف، وأبي جعفر، والقاضي في موضع، وقال في التعليق: إنه المشهور من قول الأصحاب، وقال أبو محمد: إنه ظاهر المذهب.

٢٤٧١ ـ وذلك لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها، فقال له ثابت: ما أصدقها؟ قال: نفسها، أعتقها وتزوجها. متفق عليه، وفي لفظ للبخاري: أعتق صفية وتزوجها، وجعل عتقها صداقها[1]. ولم ينقل أنه ﷺ استأنف عقداً، ولأنه جعل عتقها صداقها، ومتى ثبت العتق صداقاً ثبت النكاح، إذ الصداق لا يتقدم عليه.

٢٤٧٢ ـ يؤيد هذا أن هذا روي عن أنس رضي الله عنه حكاه عنه أحمد محتجاً به وهو راوي الحديث، وهو يقوي إرادة الظاهر منه.

٢٤٧٣ ـ ويروى أيضاً عن علي رضي الله عنه، ولأن منفعة البضع إحدى المنفعين، فجاز أن يكون العتق عوضاً عنها، دليله منفعة الخدمة، وهو إذا قال: أعتقتك على خدمة سنة. لا يقال: هذا من خصائص النبي ﷺ. إذ من خصائصه النكاح بلا مهر، لأنا نقول: الغرض أنه عقد بمهر، وإذاً فحكم أمته حكمه في صفية.

ونقل المروذي عن أحمد: إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلاً، فأخذ القاضي وأتباعه من هذا رواية أن النكاح لا يصح بهذا اللفظ، واختاره القاضي في خلافه وفي روايتيه، وأبو الخطاب في كتبه الثلاثة، وابن عقيل، وزعم أنها الأشبه بالمذهب، إذ بالعتق تملك نفسها، فيعتبر رضاها، كما لو فصل بينهما، ولأنه لم يوجد إيجاب ولا قبول، وهما ركناه فلا يصح إلا بهما، ولأن العتق ليس بمال، ولا يجبر به مال، فأشبه رقبة الحر، وتورع ابن أبي موسى من حكاية رواية بعدم الصحة، وجعل محل الخلاف في تولي طرفي العقد، كما هو مقتضى نص أحمد فقال: ومن أعتق أمته وجعل عتقها صداقها ثبت العتق والنكاح جميعاً، واختلف قوله هل يكون المولى هو العاقد لنفسه، أم يحتاج إلى توكيل من يعقد له النكاح عليها بأمره؟ على روايتين. فجعل الرواية أنه يستأنف العقد عليها بإذنه بدون رضاها، إذ العتق وقع على هذا الشرط انتهى. وأجيب (عن ملكها) نفسها بأن الكلام المتصل لا يثبت له حكم الانفصال قبل تمامه، فلم يستقر ملكها على نفسها إلا بعد النكاح، والسيد كان يملك إجبارها على النكاح في حق الأجنبي، فكذلك في حق نفسه، (وعن فقد) الإيجاب والقبول بأن العتق لما خرج مخرج الصداق صار الإيجاب كالمضمر فيه، فكأنه قال: تزوجتك وجعلت عتقك صداقك. والقائل هو الموجب، فلا يحتاج إلى الجمع بين الإيجاب والقبول، (وعن كون) العتق ليس بمال بأنه يترتب عليه حصول مال، وهو تمليك العبد، منافع نفسه وهو المقصود، وسأله حرب: إذا جعل عتقها مهرها كيف يقول؟ قال: يقول قد تزوجتك وجعلت عتقك مهرك. فشرط ابن حامد ذلك، ليأتي بركن العقد.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٣٧١، ١٠٨٦، ومسلم ٩/ ٢٢٣.

وحيث قيل بالصحة فيشترط أن يحضره شاهدان، نص عليه أحمد، لعموم الأدلة في اشتراط الشهادة. والله أعلم.

قال: وإذا قال: اشهدا أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها. كان العتق والنكاح ثابتين. سواء تقدم القول بالعتق أو تأخر، إذا لم يكن بينهما فصل.

ش: إذا قال لشاهدين: اشهدا أني قد أعتقت أمتي وجعلت عتقها صداقها. كان العتق والنكاح أيضاً ثابتين، سواء تقدم القول بالعتق كما في هذا المثال، أو تأخر كما إذا قال: جعلت عتق أمتي صداقها وأعتقتها بشرط أن لايكون بين العتق والجعل ما يعد فصلاً، كسكوت يمكن الكلام فيه، أو كلام أجنبي، لأنه كلام متصل بعضه ببعض، فلا يحكم عليه إلا بعد تمامه، انتهى.

وظاهر كلام الخرقي أنه لا يشترط قبول الأمة، ونص عليه أحمد والأصحاب.

(تنبيهان) (أحدهما) الظاهر أنه لا بد أن يقصد بالعتق جعله صداقاً قبل أن يتم لفظ (أعتقتك). كما في الاستثناء ونية العدد، بل هذا هو العطف المغير، وقد قال صالح لأبيه: الرجل يعتق الأمة فيقول: أجعل عتقك صداقك. أو صداقك عتقك. قال: كل ذلك جائز، إذا كانت له نية فنيته (الثاني) أو رد على القاضي إذا قال: جعلت عتق أمتي صداق ابنتك. لا يصح النكاح فكذا في نفسه، فأجاب: لا يصح، لتقدم القبول على الإيجاب، فلو قال الأب ابتداء: زوجتك ابنتي على عتق أمتك. فقال: قبلت. لم يمتنع أن يصح، وقال أبو العباس فيما إذا قال: زوجت أمتي من فلان، وجعلت عتقها صداقها. قياس المذهب صحته، لأنهم قالوا: الوقت الذي جعل العتق صداقاً كان يملك إجبارها في حق الأجنبي. والله أعلم.

قال: فإن طلقها قبل أن يدخل بها رجع عليها بنصف قيمتها.

ش: إذا طلق الأمة المجعول عتقها صداقها قبل أن يدخل بها رجع عليها بنصف قيمتها، نص عليه أحمد في رواية الجماعة، إذ التسمية صحيحة، وذلك يوجب الرجوع في نصفها كغيرها، ولما لم يكن سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله، رجع في بدله وهو القيمة، وعلى هذا لو ارتدت، أو فعلت ما يفسخ نكاحها قبل الدخول، رجع عليها بجميع قيمتها، (وعلى الرواية) الأخرى المختارة للقاضي وبعض أصحابه يستأنف النكاح بإذنها، (وعلى قول) ابن أبي موسى لا يعتبر إذنها، وعلى كل حال مهرها العتق، فعلى قول القاضي إن امتنعت لزمها قيمة نفسها، لأنه إنما بذل نفسها في مقابلة بضعها، ولم تسلم له،فيرجع في قيمتها، قال أبو العباس: وقياس المذهب أنه لا يلزمها شيء، إذا لم يلزم النكاح ولم ترض بالشرط، كما لو أعتقها على ألف فلم تقبل بل أولى، إذ: على ألف أبلغ في الشرط من: أعتقتك وجعلت عتقك صداقك.

(تنبيه) تعتبر القيمة وقت التلف وهو العتق، ثم إن كانت قادرة فلا كلام، وإن

كانت معسرة فهل تنظر إلى ميسرة أو تلزم بالاستسعاء؟ فيه روايتان منصوصتان، قال القاضي: أصلهما المفلس إذا كانت له حرفة، هل يجب عليه الاكتساب؟ على روايتين، والله أعلم.

قال: وإذا قال الخاطب للولي: أزوجت؟ فقال: نعم. وقال للمتزوج: أقبلت؟ فقال: نعم. فقد انعقد النكاح، إذا كان بحضرة شاهدين.

ش: هذا منصوص أحمد، وبه قطع الجمهور، لأن (نعم) جواب صريح، والسؤال مضمر معاد فيه، أي نعم قبلت هذا النكاح، ونعم زوجتها، وهذا صريح لا احتمال فيه، يحققه أنه لو قيل لرجل: لفلان عليك ألف درهم. فقال: نعم. كان إقراراً صحيحاً، لا يرجع فيه إلى تفسيره، وتقطع اليد بمثل ذلك، مع أن الأصل براءة الذمة، ودرء الحد بالشبهة، ولا بد أن يحضر ذلك شاهدان لما تقدم، وقيل: لا يصح النكاح بذلك في الصورتين، قال ابن عقيل: وهو الأشبه بالمذهب، لعدم لفظ الإنكاح والتزويج. والله أعلم.

قال: وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات.

٢٤٧٤ ـ ش: هذا كالإجماع، ويدل عليه ما روي عن قيس بن الحارث قال: أسلمت وعندي ثمان نسوة، فأتيت النبي ﷺ فقال: «اختر منهن أربعاً، وفارق سائرهن»[١] رواه أبو داود وابن ماجه، وإذا منع من الزيادة على أربع في الدوام، ففي الابتداء أولى، وبهذا قيل إن الواو في قوله سبحانه: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣] بمعنى «أو» لا عاطفة، وقد فهم من قول الخرقي، أن له أن يتسرى بما شاء، ولا نزاع في ذلك، لقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣].

قال: وليس للعبد أن يجمع إلا اثنتين.

٢٤٧٥ ـ ش: لما روى الدارقطني[٢] عن عمر رضي الله عنه قال: ينكح العبد امرأتين، ويطلق تطليقتين، وتعتد الأمة حيضتين.

٢٤٧٦ ـ وقال أحمد: حدثنا عبد الرزاق، عن معمر، عن أيوب، عن محمد بن سيرين، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سأل الناس كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: يتزوج ثنتين، وطلاقه ثنتان. وهذا في مظنة الشهرة، ولم ينكر فكان إجماعاً.

٢٤٧٧ ـ وقد روي عن الحكم بن عتيبة قال: أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين. وبهذا يتخصص عموم الآية أو يقال: الآية إنما

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٤١، وابن ماجه حديث ١٩٥٢.
(٢) سنن الدارقطني ٣/٣٠٨.

تناولت الحر، لأن فيها: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣] والعبد لا يملك، ولو ملك فنفس ملكه لا يبيح التسري، ثم في أول الآية: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٣] فالخطاب لمن يكون ولياً على يتيم، والعبد لا يصلح لذلك.

(تنبيه) من عتق نصفه فأكثر يجمع بين ثلاث، نص عليه أحمد، لأن ذلك مما يقبل التجزي، فتجزى في حقه كالحد، وقيل: لا يملك إلا اثنتين، لأنهما قد ثبتا له وهو عبد، فلا ينتقل عنهما إلا بدليل من نص أو إجماع ولم يوجد، والله أعلم.

قال: وله أن يتسرى بإذن سيده.

ش: هذا منصوص أحمد رحمه الله، في رواية الجماعة، وقول قدماء أصحابه الخرقي، وأبي بكر، وابن أبي موسى، وبعض متأخريهم، كأبي محمد من غير بناء على روايتي ملكه وعدمها، بل الخرقي وغيره يقولون: لا يملك ويبيحون له التسري، وبناه القاضي وعامة من بعده على الروايتين في ملكه، إن قلنا: يملك. جاز له التسري، وإلا فلا يجوز، وأحمد رحمه الله في رواية أبي طالب قد استدل وبينها بما هو كافٍ فيها.

٢٤٧٨ ـ قال أبو طالب: سمعت أبا عبد الله قيل له: أيتسرى العبد؟ قال: نعم. قال ذلك ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما وغير واحد من التابعين، عطاء ومجاهد، وذكرهم، وأهل المدينة على هذا، وفي رواية قال: لم يزل أهل الحجاز على هذا. قيل لأبي عبد الله: فمن احتج بهذه الآية: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] فأي ملك للعبد؟ قال: إذا ملكه ملك. يقول النبي ﷺ: «من اشترى عبداً وله مال» فقد جعل له ملكاً، هذا يقوي التسري أنه يطأ بملك، وأهل المدينة يقولون: إذا أعتق وله مال فماله معه، ولا يتعرض لماله، وإذا باع العبد فالمال للسيد، فقد جعلوا له مالاً في العتق، وابن عمر وابن عباس أعلم بكتاب الله ممن احتج بهذه الآية، هم أصحاب النبي ﷺ وأنزل على النبي ﷺ القرآن، وهم أعلم فيما أنزل فقالوا: يتسرى العبد. ولكن في القياس ليس يقوم حد الملك، لأنه ليس خالصاً له دون السيد، فيقول بقولهم، قال ابن سيرين: لا تزال على الطريق ما اتبعت الأثر. فقد استدل أحمد رحمه الله بقول الصحابة، وبعمل أهل الحجاز، وبين أن بقول الصحابة يعرف معنى القرآن، وبين أن ملكه ليس كملك الحر، وهذا الذي يفصل النزاع، فالخرقي والقدماء يقولون: لا نثبت ملكاً مطلقاً، لكن ملكاً يبيح له التسري فقط، لمصلحة راجحة، ولا بدع في ذلك، إذ الموقوف عليه يملك الانتفاع دون نقل الملك في الأصل، وكذلك سيد أم الولد يملك الانتفاع بها دون البيع ونحوه، والشارع يثبت من الملك ما فيه مصلحة العباد، ويمنع ما فيه فسادهم، والعبد محتاج إلى النكاح، فالمصلحة تقتضي ثبوت ملك البضع له، وإلا فكون العبد يملك مطلقاً، فيه إضرار بالسيد، ومنع العبد مطلقاً، فيه

إضرار به، فالعدل ثبوت قدر الحاجة، وفي الحقيقة الملك المطلق لله سبحانه وحده، ثم إذا ثبت للعبد ملك النكاح وهو أشرف فملك التسري أولى، وغاية ما يقال أن إثبات ملك يحل الوطء دون غيره لا نظير له، فنقول: قد ثبت ذلك عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولا يعرف لهما مخالف، وإذاً لا يحتاج إلى النظير، ثم العبد لا نظير له في نفسه، إذ ليس هو مثل الحر، ولا مثل البهيمة، فكذلك في أحكامه انتهى. وإذا جاز له التسري جاز له التسري بما شاء بإذن السيد كالحر.

(تنبيه) نقل الجماعة عنه: إذا أذن له سيده مرة لم يكن له الرجوع. فظاهر هذا أنه جعل الإذن في التسري مقتضياً لملك البضع كالنكاح، فكما أنه ليس له الرجوع في النكاح إذا أذن له، فكذلك في التسري، وهو يؤيد طريقة الخرقي ومن وافقه، قال أبو محمد: ولم أجد عنه خلاف هذا، والقاضي لما استشعر أن هذا يخالف طريقته حمله على أنه أطلق التسري وأراد به النكاح. والله أعلم.

قال: ومتى طلق الحر أو العبد طلاقاً يملك فيه الرجعة أو لا يملك، لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها.

ش: هذا يعتمد أصلاً، وهو أنه لا يجوز الجمع بين الأختين في عقد النكاح، وهذا إجماع والحمد لله، وقد شهد له قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] الآية إذا تقرر هذا فكما أنه لا يجوز الجمع بينهما في عقد النكاح، لا يجوز الجمع بينهما في العدة، فإذا تزوج امرأة ثم طلقها، لم يجز له أن يتزوج في عدتها من لا يجوز له الجمع بينهما في عقد النكاح، كأختها وعمتها وخالتها، ونحو ذلك. رجعية كانت أو بائناً، أما الرجعية فبالاتفاق، إذ هي زوجة.

٢٤٧٩ ـ وأما البائن فلأن ذلك يروى عن علي وابن عباس رضي الله عنهم.

٢٤٨٠ ـ وعن عبيدة السلماني قال: ما أجمعت الصحابة على شيء كإجماعهم على أربع قبل الظهر، وأن لا تنكح المرأة في عدة أختها.

٢٤٨١ ـ ويروى عن النبي ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين» ولأنها محبوسة عن النكاح لأجله، أشبهت الرجعية، وقوله: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] أي في أحكام الوطء، لأنه أشمل، فهو أكثر فائدة، وحكم العدة من فسخ، حكم العدة من طلاق، والله أعلم.

قال: وكذلك إن طلق واحدة من أربع، لم يجز له أن يتزوج خامسة حتى تنقضي عدتها.

ش: قد تقدم أنه لا يجوز للحر أن يجمع في عقد النكاح بين أكثر من أربع، وكذلك لا يجوز أن يجمع بينهن في العدة، وإن كان الطلاق بائناً، لأنها محبوسة عن النكاح لأجله، أشبهت الرجعية.

٢٤٨٢ ـ وعن أبي الزناد قال: كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة، فطلق واحدة ألبتة، وتزوج قبل أن تحل، فعاب عليه ذلك كثير من الفقهاء: قال سعيد بن منصور: وإذا عاب عليه سعيد بن المسيب، فأي شيء بقي.

قال: وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه.

ش: أي ليس له أن يتزوج بأخرى حتى تنقضي عدة المطلقة، لما تقدم في الحر، وحكم البينونة من فسخ حكم الطلاق، نعم لو كانت البينونة بموت فقال ابن أبي موسى في الإرشاد: إذا ماتت واحدة من منتهى جمعه كان له أن يتزوج أخرى عقب موتها، وكذلك له أن يتزوج الأخت عقب موت أختها، وكذلك لو طلقها طلاقاً لا رجعة فيه، أو بانت منه بينونة لا رجعة فيها، وقد شذ عن الجماعة في الطلاق البائن.

(تنبيه) حكم الوطء بشبهة أو زنا حكم الوطء في نكاح صحيح، فإذا وطىء امرأة بشبهة أو زنا لم يجز في العدة أو يتزوج أختها، ولا يطأها إن كانت زوجته، على المذهب المنصوص، لئلا يجمع ماءه في رحم أختين، وكذلك لا يجوز وطء أربع سواها بالزوجية، وابتداء بالعقد على أربع، قاله أبو بكر في الخلاف، والقاضي، وأبو الخطاب في الانتصار، وابن عقيل، حذاراً من جمع خمس نسوة في الفراش، أو فيما هو في حكمه وهو الزنا، لثبوت حرمة المصاهرة، وقيل: يجوز، لعدم النكاح، ويجوز في مدة استبراء العتيقة نكاح أربع سواها، قاله القاضي في الجامع والخلال، وابن المنى، ونصبه أبو الخطاب في خلافه الصغير، كما قبل العتق، وقيل: لا يجوز. التزمه القاضي في التعليق في موضع، قياساً على المنع من تزوج أختها. والله أعلم.

قال: وإذا خطب امرأة فزوج بغيرها لم ينعقد النكاح.

ش: إذا خطب امرأة فزوج بغيرها، فقبل يظنها المخطوبة، لم ينعقد النكاح، نص عليه أحمد، لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه، فلم يتواردا على محل واحد، وإذاً لا ينعقد النكاح، لعدم ركن العقد، وهو الإيجاب والقبول، والله أعلم.

قال: وإذا تزوجها وشرط أن لا يخرج بها من دارها أو بلدها فلها شرطها، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج».

ش: هذا هو المذهب المنصوص، وعليه الأصحاب.

٢٤٨٣ ـ لهذا الحديث، وهو حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[1] رواه الجماعة،

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٧٢١، ومسلم ٩/٢٠١، وأبو داود حديث ٢١٣٩، والنسائي ٦/٩٢، وابن ماجه حديث ١٩٥٤، وأحمد ٤/١٥٠.

ولعمومات الأمر بالوفاء بالعقود والعهود، ولأن الله تعالى ورسوله حرما مال الغير إلا عن تراض منه، ولا ريب أن المرأة لم ترض ببذل فرجها إلا بهذا الشرط، وشأن الفرج أعظم من شأن المال، فإذا حرم المال إلا بالتراضي، فالفرج أولى، ولهذا جعل النبي ﷺ الشروط فيه الولي أن يزوج المرأة إلا برضاها، ونهى المرأة أن تتزوج إلا بإذن وليها.

٢٤٨٤ ـ وروى الأثرم أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها، ثم أراد نقلها، فخاصموها إلى عمر رضي الله عنه فقال: لها شرطها. فقال الرجل: إذاً يطلقننا: فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط.

٢٤٨٥ ـ وعن ابن عمر فيما إذا شرط أن لا يخرجها من مصرها نحوه. رواه الترمذي. (وعن أحمد) رحمه الله، رواية أخرى: لا يلزم هذا الشرط، حكاها أبو الحسين عن شيخه أبي جعفر، ولعلها مأخوذة من أن الأصل في العقود والشروط البطلان، إلا أن يدل دليل على الصحة على رواية مرجوحة.

٢٤٨٦ ـ وذلك لقول النبي ﷺ في الحديث الصحيح «كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل»[1] وهذا ليس في كتاب الله.

٢٤٨٧ ـ وعن عمرو بن عوف رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»[2] مختصر، رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح. وفيه كلام. وهذا يحرم حلالاً، وأجيب عن الأول بأن معنى «ليست في كتاب الله» أي في حكمه وشرعه، وهذه مشروعة، بدليل ما تقدم، وعن الثاني بأنها لا تحرم الحلال، وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ، إن لم يف لها به.

إذا تقرر هذا فمتى أخرجها من دارها بغير اختيارها فلها الفسخ، وغالى القاضي في الجامع فأثبت الفسخ بالعزم على الإخراج، ومقتضى كلام الأصحاب أن الزوج لا يجبر على الوفاء بهذا الشرط، وكلام الخرقي ظاهر في إجباره، وكذلك كلام أحمد في رواية حرب، قال: إذا شرط أن لا يخرجها من قريتها، ليس له أن يخرجها. انتهى، وفي معنى هذا الشرط إذا شرط أن لا يخرجها من مصرها. والله أعلم.

قال: وإن تزوجها وشرط لها أن لا يتزوج عليها، فلها فراقه إن تزوج عليها.

ش: الكلام في هذا الشرط نقلاً ودليلاً كالكلام في الذي قبله، إلا أن ظاهر كلامه هنا أنه لا يجبر على ترك النكاح، بل إذا تزوج عليها فلها الفسخ، وكذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور، إذا تزوجها على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى، فإن تزوج أو تسرى فهي مخيرة، وكأن الفرق أنه لا ضرر عليه في عدم إخراجها من دارها،

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٢١٦.
(٢) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٤٠١.

أما ترك النكاح فقد يتضرر به، لكونه لا يعفه ونحو ذلك، وفي معنى هذا الشرط إذا شرط أن لا يتسرى عليها.

(تنبيه) لا ريب في عدم صحة هذين الشرطين ونحوهما بعد العقد، وصحة ذلك فيه،أما قبله فثلاثة أوجه (أحدها) ـ وهو ظاهر إطلاق الخرقي، وأبي الخطاب في الهداية، وأبي محمد وغيرهم، وقال أبو العباس في فتاويه: إنه ظاهر المذهب، ومنصوص أحمد، وقول قدماء أصحابه، ومحققي المتأخرين ـ أنه كالشرط فيه، (والثاني) لا أثر لما قبل العقد مطلقاً، وهو قول القاضي في مواضع، ومقتضى قول أبي البركات وغيرهما، (والثالث) يفرق بين شرط يجعل العقد غير مقصود، كالتواطؤ على أن البيع تلجئة لا حقيقة له فيؤثر، وبين شرط لا يخرجه عن أن يكون مقصوداً، كاشتراط الخيار، فهذا لا يؤثر، قاله القاضي في تعليقه في موضع، والله أعلم.

قال: ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها.

ش: المذهب المعروف المشهور جواز النظر للمخطوبة في الجملة.

٢٤٨٨ ـ لما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعو إلى نكاحها فليفعل» قال: فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها[(١)]. رواه أحمد وأبو داود.

٢٤٨٩ ـ وفي حديث الموهوبة أن النبي ﷺ صعد فيها النظر وصوبه، وقال حرب: قلت لأحمد: الرجل إذا أراد أن يتزوج امرأة هل ينظر إليها؟ قال: إذا خاف ريبة؛ وظاهر هذا يفيد الجواز لخوف الريبة.

٢٤٩٠ ـ وقد يستدل لها بما روى أبو هريرة قال: كنت عند رسول الله ﷺ فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال له رسول الله ﷺ: «أنظرت إليها؟» قال: لا. قال: «فاذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئاً»[(٢)] رواه مسلم.

٢٤٩١ ـ وللنسائي[(٣)]: خطب رجل امرأة من الأنصار، فقال له رسول الله ﷺ: «هل نظرت إليها؟» الحديث انتهى، وإذا جاز له النظر، فعنه ـ وهو اختيار أبي محمد في العمدة ـ ينظر إلى ما يظهر غالباً، كالرقبة واليد والقدم، وقيل ظهر القدم، لظاهر ما تقدم من الحديث، إذ من ينظر إلى امرأة وهي غافلة نظر منها إلى ما يظهر عادة، وعلى هذا يحمل إطلاق الخرقي، وكذا أيضاً حمل عليها القاضي قول أبي بكر في الخلاف: ينظر إليها حاسرة. وقد يحمل كلامهما على إطلاقه، إذ الحاسرة هي التي

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٨٢، وأحمد ٣/ ٣٣٤.
(٢) أخرجه مسلم ٩/ ٢٠٩.
(٣) المجتبى ٦/ ٦٩.

تضع خمارها ودرعها، والحديث لا يأبى هذا، بل لعله ظاهره (نعم) يستثنى من ذلك ما بين السرة والركبة، لأنه لا يظن من صحابية كشف ذلك وإن كانت خالية.

٢٤٩٢ ـ وقد روى سعيد عن سفيان، عن عمرو بن دينار، عن أبي جعفر قال: خطب عمر بن الخطاب ابنة علي، فذكر منها صغراً، فقالوا له: إنما ردك. فعاوده فقال: نرسل بها إليك تنظر إليها فرضيها، فكشف عن ساقيها، فقالت: أرسل، لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك (وعنه) رواية ثانية لا ينظر إلا الوجه واليدين، بناء على أن اليدين ليسا من العورة، وهي اختيار زاعمي ذلك، قال القاضي في تعليقه: المذهب المعمول عليه المنع من النظر إلى ما هو عورة، ونحوه قال الشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، وذلك لظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١].

٢٤٩٣ ـ قال ابن عباس: الوجه وباطن الكف. رواه عنه الأثرم (وعنه رواية ثالثة): يختص النظر بالوجه. صححها القاضي في المجرد، وابن عقيل، لأنه مجمع المحاسن.

٢٤٩٤ ـ وشرط جواز النظر على كل حال عدم الخلوة بها، لقوله ﷺ: «لا يخلون رجل بامرأة، فإن الشيطان ثالثهما»[١] ويخرج عن الخلوة بحضور امرأة صبية فأكثر، أو رجل من ذوي أرحامها، أو عصباتها ممن يباح له السفر بها.

وظاهر كلام الخرقي يشمل الأمة والحرة، وكذلك ظاهر كلام الشيخين وغيرهما، وصرح به القاضي في المجرد، وجعل في الجامع وابن عقيل حكم النظر في خطبة الأمة حكم النظر في شرائها.

وظاهر كلام الخرقي أيضاً أن النظر على سبيل الإباحة، وجعله ابن عقيل وابن الجوزي مستحباً، وهو ظاهر الحديث، قال أبو العباس: وينبغي أن يكون النظر بعد العزم على نكاحها وقبل الخطبة. والله أعلم.

قال: وإذا زوج أمته وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار، ويبعث بها إليه بالليل، فالعقد والشرط جائزان، وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده.

ش: لا ريب أن سيد الأمة يستحق منفعة الاستخدام والوطء، وقد أخرج منفعة الوطء، ومحلها عرفا وعادة هو الليل فيختص به، وإذاً فهذا شرط مؤكد لمقتضى العقد ومقوّ له، فلا ريب في جوازه وجواز العقد معه، وعلى هذا يكون على الزوج نفقتها ليلاً، إذ النفقة تدور مع التسليم، وهي إنما تسلمت كذلك، ولو بذلها السيد للزوج والحال أنهما شرطا ذلك لم يلزمه القبول (على وجه) اعتماداً على شرطه، لأن له فيه غرضاً صحيحاً، ويلزمه (على آخر) إذ هذا مقتضى الزوجية، وإنما سقط عنه لمعارضة

(١) أخرجه أحمد ١/١٨.

حق السيد، والسيد قد رضي بإسقاط حقه فيسقط، وقد فهم من هذا الذي قلناه أنه مع عدم الشرط يكون الحكم كما قال الخرقي، وأن السيد متى بذلها له لزمه جميع النفقة بلا نزاع.

(تنبيه) جملة النفقة بينهما نصفين عند أبي محمد، وكذلك الكسوة قطعاً للتنازع، وقيل ـ وهو الذي أورده أبو البركات مذهباً ـ يختص كل واحد بما يجب عليه، فيجب على الزوج نفقة الليل، وتوابعه من الوطاء والغطاء، ودهن المصباح ونحوه، والله أعلم.

قال:

باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك

ش: قد نص الله سبحانه على عدة محرمات في كتابه العزيز، في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية ونص نبيه ﷺ على عدة أيضاً، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

قال: والمحرمات نكاحهن بالأنساب الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

ش: قد نص الله تعالى على ذلك كذلك، قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣] (ويدخل في الأمهات) أمه التي ولدته، وجداته من قبل أبيه وأمه وإن علون، لصحة تناول الاسم للجميع.

٢٤٩٥ ـ وقد جاء في الدعاء «اللهم صل على أبينا آدم، وأمنا حواء» (ويدخل في البنات) بنات الابن، وبنات البنت وإن سفلن، لصحة تناول الاسم للجميع، وتدخل البنت من نكاح صحيح، أو ملك يمين أو شبهة، وكذلك البنت من زنا، لشمول الآية الكريمة للجميع.

٢٤٩٦ ـ وقد قال ﷺ في امرأة هلال بن أمية «انظروه» يعني ولدها «فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء»[١] يعني الزاني، فجعله له.

٢٤٩٧ ـ واستدل أحمد بأمر النبي ﷺ سودة أن تحتجب من ابن أمة زمعة للشبه الذي رأى بعتبة[٢].

(تنبيه) يكفي في التحريم أن يعلم أنها بنته ظاهراً، وإن كان النسب لغيره، قاله القاضي في التعليق، وظاهر كلام أحمد في استدلاله أن الشبه كاف في ذلك. ويدخل

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٦٧١، ومسلم ١٠/١٢٨.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٠٥٣، ومسلم ١٠/٣٦.

في الأخوات الأخوات من الأبوين، أو من الأب، أو من الأم، لشمول الآية لذلك (ويدخل في العمات) كل أخت لأب وإن بعد، من جهة أبيه، أو من جهة أمه (وفي الخالات) كل أخت لأم وإن بعدت من جهة أبيه، أو من جهة أمه، لشمول الآية الكريمة لذلك، ولأنه إذا ثبت أن كل جد أب، وأن كل جدة أم فكل أخت لهما عمة وخالة، (ويدخل في بنات الأخ، وبنات الأخت) كل بنت أخ وإن سفلت، وقد استفيد من كلام الخرقي تخصيص هؤلاء بالذكر بأنه لا يحرم من عداهن فلا تحرم بنات العمات، ولا بنات الخالات، وقد نص الخرقي على ذلك بعد، ولا بنات الأخوال، ولا بنات الأعمام، ولا ريب في ذلك، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ﴾ إلى ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَٰلَٰتِكَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] والأصل المساواة، لا سيما وقد دخلن في عموم ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] واختصار ما تقدم أن جميع أقارب النسب حرام، إلا الأربعة المذكورة في آية الأحزاب، والله أعلم.

قال: والمحرمات بالأسباب الأمهات المرضعات، والأخوات من الرضاعة.

ش: يعني في كتاب الله سبحانه، ولهذا عمم بعد، قال الله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] ويدخل في الأمهات الأم التي أرضعت الطفل، وأمهاتها، وجداتها، وإن علون كما في النسب، ويدخل في الأخوات والله أعلم.

قال: وأمهات النساء، وبنات النساء اللاتي دخل بهن، وحلائل الأبناء، وزوجات الأب.

ش: المحرمات بالسبب على ما ذكر الخرقي ثلاثة أنواع (النوع الأول) المحرمات بالرضاع وقد تقدم (النوع الثاني) المحرمات بالمصاهرة، وهن أربع (أمهات نسائه) وإن بعدن ولم يرثن، أو كن من رضاع، لشمول الاسم لهن (وبنات نسائه) وإن بعدن ولم يرثن أو كن من رضاع وهؤلاء من الربائب (وحلائل الأبناء) أي زوجات الأبناء، سميت الزوجة بذلك لأنها محل إزار زوجها، وهي محللة له وهو محلل لها وقيل: لأنها تحل معه ويحل معها، ويدخل في ذلك الابن البعيد، وغير الوارث، ومن الرضاع، (وزوجات الأب) وإن بعد، ولم يرث، أو كان من رضاع، والأصل في ذلك كله قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وقال تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢] وشرط تحريم الربيبة الدخول بأمها، كما نص الله سبحانه عليه، فإن قيل: فقد قيد سبحانه الربائب بكونهن في الحجر.

٢٤٩٨ ـ وكذلك المبين لكتابه ﷺ، حيث قال: «لو لم تكن ربيبتي في حجري

ما حلت لي»(١) وقيد سبحانه حلائل الأبناء بكون الأبناء من الصلب. قيل: أما التقييد بالحجر فقد قيل: إنه خرج مخرج الغالب، إذا الغالب في الربيبة كونها في الحجر، وما خرج مخرج الغالب لا مفهوم له اتفاقاً، وقد حكى ابن عقيل اشتراط الحجر، نظراً لما تقدم وهو ظاهر، وأما تقييد الابن بالصلب فليخرج ـ والله أعلم ـ الابن المتبنى.

٢٣٩٩ ـ أما الابن من الرضاع فإنه يدخل في قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»(٢).

(تنبيهان) أحدهما يترتب التحريم المتقدم بالعقد الصحيح المفيد للحل بلا ريب، وبالعقد الفاسد على ظاهر كلام القاضي في المجرد فيما أظن، قال: العقد الفاسد يثبت جميع أحكام النكاح إلا الحل، والإحلال، والإحصان، والإرث، وتنصف الصداق بالفرقة قبل المسيس، وظاهر كلامه في التعليق أن العقد الحرام وإن لم يتمحض تحريمه لا يتعلق به تحريم، فإن المخالف احتج عليه في أن الزنا لا يثبت تحريم المصاهرة، بأن العقد الحرام لا يتعلق به تحريم كذلك الوطء، فأجاب: العقد إذا لم يتمحض تحريمه يتعلق به التحريم، كذلك إذا تمحض تحريمه، والوطء إذا لم يتمحض تحريمه يتعلق به التحريم، كذلك إذا تمحض تحريمه، وذكر أيضاً في موضع آخر ما يدل على ذلك، هذا في أنكحة المسلمين، أما في أنكحة الكفار فقد ذكر القاضي في تعليقه وغيره فيما إذا أسلم وتحته أم وبنت لم يدخل بواحدة منهما أنه يبطل نكاح الأم، ونص أحمد على ذلك، وهذا تصريح ببطلان نكاح الأم، مع أن هذا النكاح لا يقرون عليه بعد الإسلام، والقاضي استنبط من هذا النص صحة النكاح، قال: وإلا لم ينشر حرمة المصاهرة، وجعل أبو العباس في بعض قواعده تحريم المصاهرة تابعاً للسبب، وهو يلتفت إلى الأول.

(الثاني) المراد بالدخول هنا في كلام الخرقي يحتمل أنه الوطء فتخرج الخلوة، ويحتمل أنه أعم من ذلك، فتدخل الخلوة، وهو مقتضى كلامه بعد، (وعن أحمد) فيما إذا طلق بعد الخلوة وقبل الوطء روايتان، أنصهما ـ وهو الذي قطع به القاضي في الجامع الكبير في موضع، وفي الخصال، وابن البنا والشيرازي ـ ثبوت تحريم الربيبة، لأن الله سبحانه أطلق الدخول، وهو شامل للخلوة، والعرف على ذلك، يقال: دخل على زوجته. إذا بنى بها، وإن لم يكن وطئها (والثانية) وهي اختيار أبي محمد، وابن عقيل، والقاضي في المجرد، وفي الجامع في موضع: لا يثبت تحريمها نظراً إلى أن الدخول كناية عن الوطء.

وظاهر كلام الخرقي أن القبلة أو اللمس لا يثبتان تحريم الربيبة، وقد يقال

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٥١٠١، ومسلم ١٠/ ٢٥.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٦٤٥، ٥١١١، ٦١٥٦، ومسلم ١٠/ ٢٢، ٢٣.

بالتحريم، بناء على تقرر الصداق بذلك، وظاهر كلامه أيضاً، أنه لا يثبت باستدخال الماء، ونص عليه القاضي في تعليقه في اللعان، (وظاهر كلامه) أيضاً أن الموت قبل الدخول لا يثبت التحريم، وهو إحدى الروايتين، واختيار أبي محمد، والقاضي في الروايتين، لظاهر الآية الكريمة (والثانية) يثبت، اختارها أبو بكر في المقنع، إذ الموت أقيم مقام الدخول في تكميل الصداق والعدة، فكذلك في تحريم الربيبة، والله أعلم.

قال: والجمع بين الأختين.

ش: هذا النوع الثالث مما حرم بالسبب، إذ تزوج إحدى الأختين هو السبب لتحريم أختها، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] ويدخل في ذلك الأختان من كل جهة، ومن النسب والرضاع، والله أعلم.

قال: ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

ش: لما ذكر المنصوص عليه في كتاب الله عز وجل من المحرمات، ذكر المأخوذ من جهة السنة.

٢٥٠٠ ـ فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أريد على بنت حمزة، فقال: «إنها لا تحل لي، إنها ابنة أخي من الرضاعة، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم» وفي لفظ «من النسب»[(١)].

٢٥٠١ ـ وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة»[(٢)] متفق عليهما.

٢٥٠٢ ـ وعن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله حرم من الرضاعة ما يحرم من النسب»[(٣)] رواه أحمد والترمذي وصححه، وقد استثنى بعض الأصحاب من هذا العموم صورتين (إحداهما) أم أخته (والثانية) أخت ابنه، فإنهما لا يحرمان، والصواب عند الجمهور عدم استثنائهما، لأن أم أخته. إنما حرمت في غير الرضاع لكونها زوجة أبيه، وذلك تحريم مصاهرة، لا تحريم نسب، وكذلك أخت ابنه إنما حرمت لكونها ربيبته.

(تنبيه) لا فرق بين الرضاع المباح والمحظور، على ظاهر كلام الخرقي وغيره، كأن يكره امرأة على الرضاع أو يغصب لبنها فيسقيه الطفل، وقد ذكر ذلك القاضي في تعليقه بما يدل على أنه إجماع، والله أعلم.

قال: ولبن الفحل محرم.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٦٤٥، ٥١٠٠، ومسلم ١٠/٢٣، وأحمد ١/٢٧٥.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٦٤٦، ٥٠٩٩، ومسلم ١٠/١٨.
(٣) أخرجه الترمذي ١١٥٥، وأحمد ١/١٣٢.

ش: لا نزاع بين أهل العلم في أن حرمت الرضاع تنتشر من جهة المرأة، واختلفوا هل تنتشر من جهة الرجل الذي اللبن له، فذهب الجمهور إلى أنه ينتشر منه، كما ينتشر من المرأة، فيصير الطفل ولد الرجل، والرجل أباه، وأولاد الرجل إخوته، سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها، وإخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته. وآباؤه وأمهاته أجداده وجداته، لأن اللبن من الرجل، كما هو من المرأة.

٢٥٠٣ ـ وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت: إن أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب، فقلت: لا والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني، وإنما أرضعتني امرأة أبي القعيس، فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته، فقال: «ائذني له فإنه عمك تربت يداك» قال عروة: فبذلك كانت عائشة تقول: حرموا من الرضاعة ما يحرم من النسب(١). وهذا نص، والله أعلم.

قال: والجمع بين المرأة وعمتها، وبينها وبين خالتها.

ش: هذا أيضاً مما ثبت بسنة المبين لكتاب ربه.

٢٥٠٤ ـ فروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها»(٢) وفي لفظ قال: نهى النبي ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها» متفق عليهما.

٢٥٠٥ ـ وللبخاري والترمذي عن جابر رضي الله عنه مثله.

٢٥٠٦ ـ وفي التمهيد عن ابن عباس نحوه، وفيه: وقال: «إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم»(٣) وبهذا يتخصص عموم ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] مع أن هذا كالإجماع، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على ذلك. وليس فيه بحمد الله اختلاف إلا عن بعض أهل البدع ممن لا يعتد بخلافه كالروافض والخوارج.

٢٥٠٧ ـ يروى أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز، وكانا مما أنكرا عليه رجم الزانيين، وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها، وبينها وبين خالتها، وقالا: ليس هذا في كتاب الله. فقال لهما: كم فرض الله عليكما من الصلوات؟ قالا: خمس صلوات في اليوم والليلة. وسألهما عن عدد ركعاتها، فأخبراه بذلك، وسألهما عن مقدار الزكاة ونصبها؛ فأخبراه، فقال: فأين تجدان ذلك في كتاب الله؟ قالا: لا نجده في كتاب الله، قال: فمن أين صرتما إلى ذلك؟ قالا فعله رسول الله ﷺ؟ والمسلمون

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٦٤٤، ٥١٠٣، ومسلم ١٠/١٨.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٥١٠٩، ٥١١٠، ومسلم ٩/١٩١.
(٣) أخرجه أبو داود ٢٠٦٧، وأحمد ١/٣٧٢.

بعده، قال: فكذلك هذا. ولا فرق بين العمة القريبة والبعيدة، وكذلك الخالة، والضابط أن كل امرأتين لو قلبت إحداهما ذكراً لم يجز له أن يتزوج بالأخرى لأجل القرابة، لم يجز الجمع بينهما، حذاراً من قطيعة الرحم القريبة، وبهذا حرم الجمع بين المرأة وبنت أخيها، لأن الأخ لا تباح له بنت أخيه، وابن الأخت لا تباح له خالته، وأبيح الجمع بين بنتي عمين، وبنتي خالين، وبنتي عمتين، وبنتي خالتين، لأن ابن العم له أن يتزوج بنت عمه، وابن الخال يتزوج بنت خاله، لكن هل يكره حذاراً من قطيعة الرحم، وإن كانت بعيدة أو لا يكره؟ فيه روايتان، والله أعلم.

قال: وإذا عقد على المرأة وإن لم يدخل بها فقد حرمت على أبيه وابنه، وحرمت عليه أمها.

ش: تحرم زوجة الأب على الابن، وزوجة الابن على الأب بمجرد العقد اتفاقاً، وكذلك أمهات النساء، اتباعاً لإطلاق الرب سبحانه، إذ بالعقد تسمى حليلة ابنه، ومنكوحة أبيه، وأن زوجته (وروي عن أحمد) رحمه الله أن أمهات النساء كالربائب، لا يحرمن إلا بالدخول ببناتهن؛ وقد يستدل له بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] على أن (دخلتم) راجع إلى الأمهات وإلى الربائب، وهو مردود بأن (نسائكم) الأول مجرور بالإضافة (ونسائكم) الثاني مجرور بحرف الجر، فالجران مختلفان، وما هذا سبيله لا تجري عليه الصفة كما إذا اختلف العمل.

٢٥٠٨ ـ وبما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل نكح امرأة فدخل بها، فلا يحل له نكاح ابنتها، وإن لم يكن دخل لها فلينكح ابنتها، وأيما رجل نكح امرأة فلا يحل له أن ينكح أمها، دخل بها أو لم يدخل» رواه الترمذي.

٢٥٠٩ ـ وسئل زيد بن ثابت رضي الله عنه عن رجل تزوج امرأة ثم فارقها قبل أن يصيبها، هل تحل له أمها؟ فقال زيد بن ثابت: لا، الأم مبهمة، ليس فيها شرط، وإنما الشرط في الربائب. رواه مالك في الموطأ، وعن ابن عباس نحوه.

٢٥١٠ ـ وأرخص ابن مسعود رضي الله عنه في نكاح الأم إذا لم يمس البنت وهو بالكوفة، ثم قدم المدينة فأخبر أنه ليس كما قال، إنما الشرط في الربائب، فرجع إلى الكوفة، فأمر الرجل أن يفارق امرأته. رواه مالك في الموطأ. والله أعلم.

قال: والجد وإن علا فيما قلت بمنزلة الأب، وابن الابن فيه وإن سفل بمنزلة الابن.

ش: قد تقدم ذلك، اتباعاً لإطلاق الآية الكريمة، والله أعلم.

قال: وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم

كهن، إلا بنات العمات وبنات الخالات، وبنات من نكحهن الآباء والأبناء، فإنهن محللات.

ش: قد تقدم هذا كله فيما تقدم، وإن كان الأولى تأخيره إلى هنا، إلا بنات من نكحهن الآباء والأبناء، لدخولهن في عموم: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وأمهاتهن إنما حرمن لكونهن حلائل الآباء والأبناء، وبناتهن لسن بحلائل، وبهذا فارقن ابنة الربيبة، إذ ابنة الربيبة ربيبة، وابنة الحليلة ليست حليلة، والله أعلم.

قال: وكذلك بنات الزوجة التى لم يدخل بها.

ش: هذا مستأنف، لا معطوف على ما تقدم، وإلا يلزم أن أم الربيبة محرمة، أي وكذلك تحل بنات الزوجة التي لم يدخل بها، وقد تقدم ذلك، والله أعلم.

قال: ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة.

ش: وطء الحرام ما يحرم وطء الحلال والشبهة، نص عليه أحمد في رواية الجماعة.

٢٥١١ ـ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» رواه ابن أبي شيبة مرسلاً، لكن في رواته الحجاج بن أرطأة.

٢٥١٢ ـ وروي بإسناد صحيح عن عمران بن حصين أنه قال: إذا وطىء الرجل أم امرأته حرمت عليه امرأته. وأيضاً قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] ومن وطئ فقد نكح، إذ النكاح حقيقة في الوطء، بدليل قول الشاعر..

ومن أيم قد أنكحتها رماحنا وأخرى على عم وخال تلهف

وقال أبو عمر غلام ثعلب: الذي حصلناه عن ثعلب عن الكوفيين، وعن المبرد عن البصريين أن النكاح في أصل اللغة اسم للجمع بين الشيئين، قال الشاعر[1]:

أيها المنكح الثريا سهيلا عمرك الله كيف يجتمعان

والجمع يحصل حقيقة بالوطء دون العقد، ولو قيل: إنه حقيقة فيهما أو في العقد فالقرينة دلت على أن المراد الوطء، وهو قوله سبحانه: ﴿إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢] ومثل هذا التغليظ لا يستعمل في العقد، وأورد على هذا قوله سبحانه: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤] فامتن سبحانه بالصهر، ولا يمتن بالزنا.

٢٥١٣ ـ وبما روى الدارقطني[2] عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ

(١) البيت من الخفيف، وهو لعمر بن أبي ربيعة في ملحق ديوانه ص ٥٠٣.
(٢) سنن الدارقطني ٣/ ٢٦٨.

قال: «الحرام لا يحرم الحلال».

٢٥١٤ ـ وعن عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ نحوه، وأجيب بأن الله سبحانه امتن بالنسب، ومع هذا يثبت بالزنا، لأنه يثبت من أمه وآبائها، وعن حديث ابن عمر بأن مداره على إسحاق بن محمد الفروي، وهو منكر الحديث، قاله غير واحد من الأئمة، ورماه ابن معين وغيره بالكذب، وفيه أيضاً العمري وقد ضعف، وعن حديث عائشة بأن مداره على عثمان بن عبد الرحمن، وهو منكر الحديث، وقال ابن معين: هو كذاب.

وقد أشعر كلام الخرقي بأن وطء الحلال والشبهة لا نزاع فيهما بين أهل العلم، وهو كذلك، إلا أنه قد حكي للشافعي قويل بأن وطء الشبهة لا يحرم، ولا يعرج عليه، ودخل في وطء الحلال الوطء بملك اليمين، وهو إجماع، ودل كلامه على أن وطء الشبهة ليس بحلال ولا حرام، وقد صرح القاضي في تعليقه بأنه حرام؛ وكلام الخرقي يشمل الوطء في القبل والدبر، وصرح بذلك أبو محمد في كتابيه، وكذلك القاضي، وأبو الخطاب بما يقتضي أنه وفاق، وشذ ابن حمدان في رعايتيه فقدم اختصاص الحكم بالقبل، فقال: في قبل، وقيل: أو دبر (وقد دخل) في كلام الخرقي وطء الميتة، لأنه وطء حرام، وقد قال القاضي في الجامع الكبير: إنه لا يعرف الرواية في ذلك، وحكى فيها احتمالين، (وقد يدخل) فيه وطء من لا يوطأ مثلها، وقد يخرج، لأنه جناية وليس بوطء، وفيها وجهان، أصحهما عدم التحريم.

وقد يقال: ظاهر كلام الخرقي أن الخلوة، ونظر الفرج، والمباشرة دونه، إذا كن لشهوة لا يتعلق بهن تحريم، لتخصيصه الوطء بالذكر، وهو الصحيح من الروايتين في الجميع، وتحقيق ذلك، وبيان طرق الأصحاب فيه يحتاج إلى تطويل، والله أعلم.

قال: وإن تزوج أختين من النسب أو الرضاع في عقد واحد فسد نكاحهما.

ش: قد تقدم أنه يحرم الجمع بين الأختين مطلقاً، فإذا جمع فسد النكاح فيهما، لارتكابه النهي، مع أنه لا مزية لأحداهما على الأخرى، أشبه ما لو زوجت المرأة من رجلين، أو عقد عليها وليان عقدين لرجلين فوقعا معاً، ونقل ابن منصور عن أحمد: إذا تزوج أختين في عقد يختار إحداهما. قال القاضي: وهو محمول على أنه يختار إحداهما بعقد مستأنف، والله أعلم.

قال: وإن تزوجهما في عقدين فالأولى زوجته.

ش: أي إذا تزوجهما في عقدين، فوقعا واحداً بعد واحد، وعلم السابق، فإن الحكم له، إذ الجمع المحرم إنما يحصل بالثاني، فاختص البطلان به، أما إن علم وقوعهما معاً فقد تقدم، وإن لم يعلم كيف وقعا، أو علم السبق ولم يعلم السابق، أو علم ثم نسي، فظاهر كلام جماعة من الأصحاب إن حكم ذلك حكم الوليين يزوجان

من رجلين، قال ابن أبي موسى: فإن جهل أولهما بطل النكاحان، (وقيل عنه) يقرع بينهما، والأول أصح، والله أعلم.

قال: والقول فيهما القول في المرأة وعمتها، والمرأة وخالتها.

ش: هذا من باب المقلوب، أي القول في المرأة وعمتها، والمرأة وخالتها، كالقول في الأختين، إن تزوجهما في عقد واحد لم يصح، وإن تزوجهما في عقدين صح الأول، والله أعلم.

قال: وإن تزوج أخته من الرضاعة وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الأجنبية.

ش: هذا إحدى الروايتين، وهو اختيار القاضي في تعليقه، والشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما، وأبي محمد، لأن الأجنبية محل قابل للنكاح، صدر عليها عقد من أهله فصح، كما لو انفردت، (والثانية) لا يصح فيهما، اختارها أبو بكر، لأنه عقد اشتمل على مباح ومحظور، فغلب الحظر، كما لو اختلطت المذكاة والميتة، وكذبيحة من أحد أبويه كتابياً، بأن المباح والمحظور اجتمعا في عين واحدة، وههنا في عينين، وهكذا الحكم في كل من جمع بين محرمة ومحللة، هل يصح النكاح في المحللة؟ على روايتين، والله أعلم.

قال: وإذا اشترى أختين فأصاب إحداهما، لم يصب الأخرى حتى يحرم عليه الأولى، ببيع أو نكاح، أو هبة، أو ما أشبهه، ويعلم أنها ليست بحامل منه.

ش: يجوز أن يشتري أختين في عقد، لأن المنوع منه الجمع بينهما في الفراش، ولا يصيران بذلك فراشاً بالإجماع، ولا يجوز أن يجمع بينهما في الوطء، على المشهور والمنصوص من الروايتين، وهو المختار للأصحاب، لقوله سبحانه: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] وهو شامل للجمع في النكاح والجمع بملك اليمين، وإن قيل: حقيقة الجمع المقارنة، وذلك متعذر في الوطء؟ قيل: الجمع يعبر به عن فعل الشيئين أحدهما عقب الآخر.

٢٥١٥ ـ كما أنه قد جاء أنه ﷺ جمع بين الصلاتين ولأن الذي علل به النبي ﷺ تحريم الجمع في النكاح ـ وهو قطع الرحم ـ موجود هنا.

٢٥١٦ ـ وقد روي عن عثمان رضي الله عنه، وعلي وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا: أحلتهما آية، وحرمتهما آية. يريدون بالمحللة قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ وبالمحرمة ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ فغلبنا آية التحريم احتياطاً، وأيضاً فآية التحليل قد خصصت بالاتفاق، فضعف عمومها، (وحكى القاضي). وطائفة من أصحابه، والشيخان وغيرهم رواية بالكراهة من غير تحريم، معتمدين في ذلك على قوله في رواية ابن منصور ـ وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين: تقول إنه حرام؟ قال: لا أقول أنه حرام، ولكن ينهى عنه. وامتنع أبو العباس من إثبات هذه

الرواية، قال: لأنه لم يقل: ليس بحرام. ولكنه قال: لا أقول إنه حرام. وهذا الأدب في الفتوى كثيراً ما يستعمله السلف، لا يطلقون لفظ التحريم، بل: يقولون منهي عنه؛ ولا لفظ الفرض، بل يقولون: يؤمر به. ونحو ذلك، استهابة لعهدة اللفظية إلا فيما علم دليله بالقاطع.

وبالجملة هذا القول يستدل له بالعمومات نحو: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾، ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝﴾ [المؤمنون: ٥ـ ٦]، ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] ولا تفريع على هذا القول، أما على الأول فإذا ملك أختين كان له أن يطأ إحداهما أيتهما شاء، على ظاهر كلام أحمد، والخرقي، واختيار القاضي، وابن عقيل، والشيخين، وغيرهم، إذ الممنوع منه الجمع في الوطء ولم يوجد، وقطع أبو الخطاب في هدايته بالمنع من وطء إحداهما حتى يحرم الأخرى بما سيأتي إن شاء الله تعالى، إذ لا مزية لإحداهما على الأخرى، فاستباحة وطء إحداهما دون الأخرى ترجيح من غير مرجح، ويرد بأن اختياره ترجيح أحد الجائزين، ومتى وطئ إحداهما لم تحل له الأخرى حتى يحرم الموطوءة على نفسه بتزويج، أو بيع، أو هبة أو عتق، ويعلم أنها ليست بحامل منه، بأن يستبرئها.

٢٥١٧ ـ نص أحمد رحمه الله على ذلك في الجملة، محتجاً بأن هذا قول علي وابن عمر رضي الله عنهم. والمعنى فيه أنه لو لم يفعل ذلك أفضى إلى الجمع بين الأختين في الوطء، أو جمع مائه في رحم أختين، وإنه غير جائز، ولا يكفي استبراؤها بدون زوال الملك على الصحيح، سداً للذريعة، إذ الاستبراء لا يمنع وطأها.

٢٥١٨ ـ واتباعاً لحكم الصحابة، وقال ابن عقيل: ينبغي أن يكتفي به، إذ به يزول الفراش المحرم للجمع، ولا يكفي زوال ملكه بدون استبراء، حذاراً من أن يجمع ماءه في رحم أختين، ولا التحريم بدون زوال ملك، كما إذا ظاهر منها، نص عليه أحمد، معللاً بأن هذا قد يكفر، وكما إذا رهنها على الأشهر، لتمكنه من فك الرهن، وفيه وجه لانعقاد سبب الانتقال، وتكفي الكتابة في وجه، اختاره القاضي وغيره، لأنها نوع من البيع، ولا تكفي في آخر، اختاره أبو محمد، لبقاء الملك، ولا يكفي تحريمها بصوم أو اعتكاف، أو ردة أو عدة، ونحو ذلك، لبقاء الفراش، وظاهر إطلاق أحمد وكثير من الأصحاب أنه يكفي زوال الملك، وإن أمكنه الاسترجاع، كما إذا وهبها لولده، أو باعها بشرط الخيار، وظاهر ضابط ابن عقيل المنع، فإنه قال: عقد الباب أن يحرمها تحريماً لا يمكنه رفعه بنفسه، وحكى ابن تيمية الكبير المسألة على وجهين، والله أعلم.

قال: فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى يحرم الأخرى.

ش: يعني إذا عادت المحرمة إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى يحرم

الأخرى، وتحت هذا صورتان (إحداهما) إذا عادت بعد وطء الأخرى، فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة، وعليه عامة الأصحاب، أنه يجتنبها حتى يحرم إحداهما حذاراً من الجمع بينهما في الفراش، لأن الأولى قد كانت فراشاً، والثانية قد صارت فراشاً، واختار أبو البركات أنه يقيم على وطء الثانية، ويجتنب الراجعة، لأن فراشها قد انقطع، والعود لا يصيرها فراشاً (الصورة الثانية) عادت قبل أن يطأ الباقية، فظاهر كلام أحمد والخرقي، وكثير من الأصحاب اجتنابهما حتى يحرم إحداهما كالأولى، لأنه استفرش الأولى، واستباح الثانية، فتصير في حكم المستفرشة، واختار أبو البركات أنه يطأ أيتهما شاء، إذ الأولى قد زال فراشها، والثانية لم يستفرشها، كالمشتراتين ابتداء، واختار أبو محمد إباحة الراجعة، لثبوت الفراش لها دون الباقية، حذاراً من الاجتماع في الفراش، والله أعلم.

قال: وعمة المرأة وخالتها في ذلك كأختها.

ش: كل من حرم الجمع بينه وبين آخر في الفراش كالأختين في جميع ما تقدم، لاستوائهما معنى، فاستويا حكماً، والله أعلم.

قال: ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها.

ش: نص على هذا أحمد رحمه الله.

٢٥١٩ ـ وذكره عن عبد الله بن جعفر، وعبد الله بن صفوان، وعن جملة من أصحاب رسول الله ﷺ، وكذلك ذكر البخاري عن عبد الله بن جعفر أنه جمع بين ابنة علي وامرأته، ورواه الدارقطني عن ابن عباس، وعن رجل من الصحابة من أهل مصر يقال له جبلة، وهو راجع إلى القاعدة السابقة، وهو أن كل امرأتين لو قلبت إحداهما ذكراً لم يجز له أن يتزوج بالأخرى لأجل القرابة، لم يجز الجمع، وإلا جاز، إذ لو قلبت امرأة الأب ذكراً لاقتضى لها جواز التزوج ببنت الزوج، إذ لا قرابة بينهما، وإنما المنع للصهرية، والله أعلم.

قال: وحرائر أهل الكتاب، وذبائحهم حلال للمسلمين.

ش: لقول الله سبحانه: ﴿ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [المائدة: ٥] وهذا يخصص قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٢١] الآية.

٢٥٢٠ ـ وقيل عن ابن عباس إنها نسخت بها، وقيل: لفظ المشركين لا يتناول بإطلاقه أهل الكتاب، بدليل قوله سبحانه: ﴿لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [البينة: ١] وقوله: ﴿مَّا يَوَدُّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَلَا ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [البقرة: ١٠٥] وهو كثير، مع أن جواز نكاح حرائر أهل الكتاب إجماع أو كالإجماع،

قال ابن المنذر: لا يصح عن أحد من الأوائل تحريم ذلك، إلا أن أحمد قال في رواية ابن إبراهيم: اختلفوا في اليهود والنصارى، أما المجوس فلم يختلفوا فيهم.

٢٥٢١ ـ وذكر البخاري[١] عن نافع عن ابن عمر، كان إذا سئل عن نكاح النصرانية أو اليهودية، قال: إن الله تعالى حرم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراك شيئاً أكبر من أن تقول المرأة: ربها عيسى، وهو عبد من عباد الله تعالى.

وقد دخل في كلام الخرقي الحربيات من الكتابيات، وهو أحد الأقوال، اختاره القاضي في المجرد وغيره، لدخولهن في الآية الكريمة، وقيل: لا يجوز مطلقاً، حملاً لآية المنع على ذلك، وآية الجواز على غير الحربيات، وقيل: يجوز في دار الإسلام لا في دار الحرب، وإن اضطر، وهو منصوص أحمد في غير رواية، واختيار ابن عقيل، وقيل بالجواز في دار الحرب مع الضرورة، وهو اختيار طائفة من الأصحاب، ونص عليه أحمد أيضاً، وعلل الإمام في دار الحرب من أجل الولد، لئلا يستعبد، ويصير على دينهم.

٢٥٢٢ ـ وحكي عن ابن عباس رضي الله عنهما في رواية أنه كره ذلك، وفي أخرى أنه قال: لا يتزوج وعامة نصوص أحمد في الأسير، فعلى تعليل أحمد لا يتزوج ولا مسلمة، ونص عليه أحمد في رواية حنبل، بل ولا يطأ زوجته إن كانت معه، ونص عليه في رواية الأثرم وغيره، وعلى مقتضى تعليله له أن يتزوج آيسة أو صغيرة.

ومفهوم كلام الخرقي أنه لا يباح له نكاح الإماء الكتابيات، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى، وأنه لا يباح له نكاح مشركة غير كتابية ولا طعامها، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] خرج من ذلك أهل الكتاب بما تقدم، فبقي من عداهم من عبدة الأوثان، والمرتدين، والمكفرين من أهل الملة، والمجوس ونحوهم، على مقتضى المنع.

٢٥٢٣ ـ فإن قيل: قد روي عن علي كرم الله وجهه أن المجوس لهم كتاب.

٢٥٢٤ ـ وقد قال ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»[٢] ومن سنة أهل الكتاب حل نسائهم.

قيل قد قال الله تعالى: ﴿أَن تَقُولُوٓا۟ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ [الأنعام: ١٥٦] الآية، فبين سبحانه أنه أنزل القرآن كراهة أن يقولوا ذلك، ولو أنزل على أكثر من طائفتين لكان هذا القول كذباً، وأيضاً قوله سبحانه: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَٱلَّذِينَ هَادُوا۟ وَٱلصَّٰبِـِٔينَ وَٱلنَّصَٰرَىٰ وَٱلْمَجُوسَ وَٱلَّذِينَ أَشْرَكُوٓا۟ إِنَّ ٱللَّهَ يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾

(١) صحيح البخاري حديث ٥٢٨٥.
(٢) أخرجه مالك في الموطأ ١/ ٢٦٤.

[الحج: ١٧] فذكر الملل الست، وأنه يفصل بينهم يوم القيامة، ولما ذكر الملل اللاتي فيها سعيد لم يذكر المجوس ولا المشركين، فقال: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱلَّذِينَ هَادُواْ وَٱلصَّٰبِـِٔينَ وَٱلنَّصَٰرَىٰ وَٱلْمَجُوسَ وَٱلَّذِينَ أَشْرَكُوٓاْ﴾ ولو كان في المجوس والمشركين سعيد لذكرهما كما ذكر اليهود والنصارى، إذ لو كان لهم كتاب لكانوا قبل النسخ على هدى.

٢٥٢٥ ـ وقد روى وكيع عن سفيان، عن قيس، عن الحسن بن محمد بن علي، قال: كتب رسول الله ﷺ إلى هجر يعرض عليهم الإسلام، فمن أسلم قبل، ومن أبى ضربت عليه الجزية، على أن لا تؤكل لهم ذبيحة، ولا تنكح لهم امرأة.

٢٥٢٦ ـ وهذا وإن كان مرسلاً، فقد عضده قول خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ، وعمل جمهور أهل العلم، وأما ما روي عن علي فقد أنكره أحمد في رواية محمد بن موسى، وقال إنه باطل.

٢٥٢٧ ـ وأنكر ما روي عن حذيفة أنه تزوج مجوسية، ثم لو صح حمل على أنه كان بأيديهم ثم رفع، وأما قوله ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» أي في الجزية، وهو يدل على أنه لا كتاب لهم.

وكما فهمته الصحابة، والدماء تعصم بالشبهات، وعكسها الفروج والذبائح لا تباح بالشبهات، لا يقال: الحديث وإن فهم منه أنه ليس لهم كتاب، إلا أنه يدل على أنه يسن بهم سنة أهل الكتاب، أي طريقتهم، ومن طريقتهم حل نسائهم وذبائحهم، لأنا نقول: الحديث لا عموم فيه، إذ التقدير: سنوا بهم سنة مثل سنة أهل الكتاب، والنكرة في سياق الإثبات لا عموم لها، ولئن سلم شمول الحديث للنكاح والذبائح لكنه يخص بمفهوم قوله سبحانه: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ﴾ [المائدة: ٥] الآية.

(تنبيه) أهل الكتاب هم أهل التوراة والإنجيل، فأهل التوراة اليهود، والسامرة، وأهل الإنجيل النصارى، ومن وافقهم في أصل دينهم من الفرنج، والأرمن وغيرهم، وأما الصابئة فقال أحمد: هم جنس من النصارى. وقال في موضع آخر: بلغني أنهم يسبتون فألحقهم باليهود، قال أبو محمد: والصحيح أن من وافق اليهود أو النصارى منهم في أصل دينهم، وخالفهم في فروعه فهو منهم، ومن خالفهم في أصل دينهم فليس منهم، وأما المتمسك بصحف إبراهيم وشيث، وزبر داود، فليسوا بأهل كتاب على الصحيح، ذكره ابن عقيل وغيره، فلا تحل نساؤهم، ولا ذبائحهم، لقوله سبحانه: ﴿أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ [الأنعام: ١٥٦] الآية، وقيل: إنهم من أهل الكتاب، فتحل نساؤهم وذبائحهم، ويقرون بالجزية، ومن عدا من ذكرنا فليسوا بأهل كتاب، والله أعلم.

قال: وإذا كان أحد أبوي الكافرة كتابياً، والآخر وثنياً، لم ينكحها مسلم.

ش: هذا الذي قطع به عامة الأصحاب، الخرقي، وأبو بكر في الشافي والمقنع، وابن أبي موسى، والقاضي في المجرد، والجامع، والخلاف، وابن عقيل في الفصول، والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، وابن البنا، وأبو محمد في الكافي، ولم أر من ذكر عن أحمد بذلك نصاً وذلك لأنها متولدة بين من يحل ومن لا يحل، فغلب جانب التحريم احتياطاً، كالمتولد بين الحمار والفرس.

وحكى أبو البركات، وأبو محمد في كتابه الصغير رواية بالجواز، لأنها كتابية فتدخل في عموم الآية المبيحة.

وحكى ابن رزين رواية ثالثة أن الأب إذا كان كتابياً أبيحت، وإلا فلا، لأن الولد ينسب إلى أبيه، فيكون حكمه حكمه، وخطأ أبو العباس هذا القول، وقال: إن كلام أحمد إنما يدل على أن العبرة بالدين، وأنه لم يعلق الحكم بالنسب ألبته، قلت: وكذلك ذكر القاضي في تعليقه، رداً على الشافعية، أن تحريم النكاح والذبيحة متعلق بالدين دون النسب، والدين المحرم موجود، فكان الاعتبار به دون النسب.

(تنبيه) ذكر أبو البركات هنا روايتين، وقال في عقد الذمة: إن من أقررناه على تهود أو تنصر متجدد بعد المبعث، أبحنا ذبيحته ومناكحته، ولم يذكر خلافاً، وعكس القاضي، فجزم هنا بالمنع، وحكى في المنتقل إلى دين أهل الكتاب بعد النسخ روايتين، وهذا قد يستشكل على كلا النقلين، فإنه إذا منع من ذبيحة من أحد أبويه وثني، فمن أبواه وثنيان أولى، إلا أن يقال: يجوز أن يكون هذا في من أبواه كتابيان، ثم توثن هو، ثم انتقل إلى الكتابية، أو يقال: إن المنع في من أحد أبويه كتابي، كان لأجل النسب، وقد تقدم ضعف هذا، وحمل أبو العباس كلام الخرقي وغيره من الجازمين بالمنع في هذه المسألة على أنه فيمن لم يثبت له دين بنفسه، لعدم تعرضهم للدين، وهذا كأن يتزوج صغيرة وأحد أبويها غير كتابي، أما أن يدين بدين أهل الكتاب، فهو محل الروايتين، كما ذكره أبو البركات (قلت): وهذا الجواب يحسن على قول القاضي، أما على قول جده فلا يحسن، والله أعلم.

قال: وإذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب أجبرت على الإسلام، فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها.

ش: إذا انتقل الكتابي من دينه إلى غير دين الإسلام، فلا يخلو إما أن ينتقل إلى دين من يتدين بكتاب أو لا، (فإن كان الأول) ـ كمن انتقل من يهودية إلى نصرانية أو بالعكس ـ فهل يقر، وهو ظاهر كلام الخرقي، واختيار الخلال وصاحبه، لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب، فكأنه لم ينتقل، أو لا يقر، وهو اختيار القاضي في الجامع الصغير، وعامة الأصحاب، الشريف وأبي الخطاب في خافيهما، وابن عقيل في التذكرة، والشيرازي وغيرهم، لأنه انتقل إلى دين أقر ببطلانه، أشبه المرتد.

٢٥٢٨ ـ ولعموم قول النبي ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»[1] خرج منه المسلم بالإجماع إذا رجع، فيبقى ما عداه على مقتضى العموم، فعلى هذا يؤمر بالإسلام، فإن لم يسلم (فعنه) يقتل كالمسلم إذا ارتد (وعنه) يهدد ولا يقتل احتياطاً للدماء (وعنه) أنه إن رجع إلى دينه الأول ترك كالمرتد من ملتنا، وإلا هدد ولم يقتل، (وإن كان الثاني) ـ كأن انتقل من الكتابية إلى المجوسية والوثنية ونحوهما ـ فلا يقر على إحدى الروايتين، واختيار الخرقي، وبه جزم أبو محمد وغيره، لأن الوثنية ونحوها لا يقر أهلها عليها، فالمنتقل إليها أولى، والمجوسية قد أقر ببطلانها، مع كونها أنقص من دينه (وعنه) يقر على المجوسية، لأنه انتقل إلى دين يقر أهله عليه، أشبه المنتقل إلى دين أهل الكتاب، ولعموم ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ﴾ [التوبة: ٢٣] الآية، (فعلى الأول) ـ وهو المذهب ـ لا يقبل منه إلا الإسلام أو السيف في إحدى الروايتين، واختيار الخلال وصاحبه، لأن غير الإسلام دين أقر ببطلانه، أشبه المرتد، وفي الرواية الأخرى لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه، كالمرتد إذا رجع إلى الإسلام، وحيث يقبل فهل يستتاب كالمرتد أو لا كالكافر الأصلي؟ فيه احتمالان (وعلى الثاني) أنه إنه رجع إلى ما نقر عليه ترك، وحيث أقررنا المنتقل على ما انتقل إليه فكان المنتقل ذمية تحت مسلم فالنكاح بحاله، إلا أن تنتقل إلى المجوسية فإنه كالردة إذ المسلم لا يثبت له نكاح على مجوسية وكذلك إن لم يقر المنتقل وإذاً إن كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال، وإن كان بعده فهل ينفسخ النكاح أو يقف على انقضاء العدة؟ فيه روايتان، المذهب منهما الثاني، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

قال: وأمته الكتابية حلال له دون المجوسية.

ش: أمته الكتابية حلال له، لعموم قوله سبحانه: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وقوله: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] ولأن نكاح الأمة الكتابية غير المملوكة له إنما حرم حذاراً من إرقاق ولده، وإبقائه مع كافرة، وهذا معدوم في مملوكته، ولا تباح له أمته المجوسية، ولا الوثنية بطريق الأولى، لعموم ما تقدم في تحريم نكاح المجوسيات ونحوهم، (فإن قيل): ما تقدم من الآيتين ظاهر في الإباحة.

٢٥٢٩ ـ ويؤيده ما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين بعثاً إلى أوطاس، فلقوا عدوهم فقاتلوهم وأصابوا لهم سبايا، فكأن أناساً من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من

(١) أخرجه البخاري حديث ٣٠١٧، وأبو داود حديث ٤٣٥١، والنسائي ٧/ ١٠٤، وابن ماجه حديث ٢٥٣٥، وأحمد ١/ ٢١٧، ٢٨٢.

المشركين، فأنزل الله عز وجل في ذلك: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾[1] [النساء: ٢٤] أي فهن لهن حلال إذا انقضت عدتهن. رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي.

٢٥٣٠ ـ وقال ﷺ في سبايا أوطاس «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة» رواه أبو داود[2]، ثم إن الصحابة كان أكثر سباياهم من كفار العرب، وهم عبدة أوثان، ولم ينقل أنهم حرموا ذلك، وقد أخذ عمر وابنه من سبي هوازن، (قيل): الآيتان مخصوصتان بما تقدم، وأما حديث أبي سعيد فقضية عين، إذ يحتمل أنهم أسلموا، وكذلك الجواب عن غيره، قال محمد بن الحكم: قلت لأبي عبد الله: فهوازن أليس كانوا عبدة أوثان؟ قال: لا أدري كانوا أسلموا أو لا. ويتعين ذلك، لأنه قد نقل اتفاق أهل العلم على التحريم، ولهذا ادعى أبو عمر ابن عبد البر النسخ بقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٢١] والله أعلم.

قال: وليس للمسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية، لأن الله تعالى قال: ﴿أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ﴾ [النساء: ٢٥].

ش: نص على هذا أحمد، مستدلاً بهذه الآية، قال أبو بكر: رواه عنه أكثر من عشرين نفساً. انتهى، وعليه الأصحاب متقدمهم ومتأخرهم، لما تقدم، ولأنه اجتمع فيها نقص الرق والكفر، أشبهت المجوسية لما اجتمع فيها الكفر وعدم الكتاب حرم نكاحها، وحذراً من استرقاق ولدها، (وعن أحمد) رواية أخرى يجوز نكاحها في الجملة، لأنها تحل بملك اليمين، فتحل بالنكاح كالمسلمة، وعلى هذا يجوز للعبد مطلقاً، وللحر بشرطه كما سيأتي، ولا فرق على إطلاق الخرقي وغيره بين أن تكون الأمة تلد أو لا تلد، ولا بين أن تكون لمسلم أو لكافر، وصرح به القاضي في التعليق، والله أعلم.

قال: ولا يجوز للحر المسلم أن يتزوج أمة مسلمة إلا أن يكون لا يجد طولاً لحرة مسلمة، ويخاف العنت.

ش: أي وليس لحر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة إلا بوجود شرطين، عدم الطول، وخوف العنت، وذلك لقوله سبحانه: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ﴾ إلى قوله سبحانه: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] فشرط سبحانه لنكاح الأمة شرطين، عدم الطول، وخوف العنت، والمعلق على شرط عدم عند عدم الشرط، ولأنه حر أمن العنت، فامتنع من نكاح الأمة، كما إذا كان تحته حرة، وقوله: ليس لحر. يحترز عن العبد، فله أن ينكح الأمة من غير شرط، لتساويهما، وقوله: مسلم. يحترز به عن الكافر، وهذا من فروع

(١) أخرجه مسلم ١٠/ ٣٤، وأبو داود حديث ٢١٥٥، والنسائي ٦/ ١١٠، وأحمد ٣/ ٧٢، ٨٤.
(٢) سنن أبي داود حديث ٢١٥٧.

أنكحة الكفار، وقوله: أمة مسلمة. يحترز به عن الأمة الكافرة، فإنه لا يجوز نكاحها ولا مع الشرطين كما تقدم.

٢٥٣١ ـ والطول قال أحمد تبعاً لابن عباس رضي الله عنهما السعة.

٢٥٣٢ ـ وعن جابر رضي الله عنه أنه لا يجد صداق حرة. وكذلك قال القاضي في المجرد، وزاد عليه ابن عقيل: ولا نفقتها. وقوله: طولاً لحرة مسلمة. ظاهره أن من لم يجد طولاً لحرة مسلمة ووجد طولاً لحرة كتابية أن له نكاح الأمة وصرح به أبو الخطاب في الانتصار، أخذا بظاهر قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء: ٢٥] وصرح القاضي في المجرد، وابن عقيل وأبو محمد وغيرهم بعدم اشتراط الإسلام، فمن وجد طولاً لحرة مطلقاً لا يجوز له نكاح الأمة، لأنه إذاً يأمن العنت، فيفوت الشرط، وتوقف أحمد في رواية أخرى. ولم يشترط الخرقي إلا أن لا يجد طولاً لحرة مسلمة، فظاهره أنه لا يشترط أن لا يجد ثمن أمة، وهو ظاهر إطلاق القاضي في تعليقه، وطائفة من أصحابه وأورده ابن حمدان في رعايتيه مذهباً، وصرح القاضي في المجرد، وابن عقيل وأبو الخطاب والشيخان وغيرهم باشتراط ذلك، ثم إن القاضي وابن عقيل قيدا الأمة بالإسلام، وأطلق ذلك أبو الخطاب والشيخان، والعنت فسره القاضيان أبو يعلى وأبو الحسين وابن عقيل والشيرازي وأبو محمد بالزنا، وفسره أبو البركات بحاجة المتعة أو حاجة الخدمة لكبر أو سقم ونحوهما، وجعله ابن حمدان قولاً انتهى.

وقد دخل في كلام الخرقي المجبوب ونحوه له نكاح الأمة بشرطه، كما إذا خشي مواقعة المحظور بالمباشرة ونحوها، وصرح به القاضي وغيره (ودخل) في كلامه أيضاً جواز نكاح الأمة الولود بشرطه وإن وجد آيسة، وصرح به القاضي وأبو الخطاب في خلافيهما، (ودخل) في كلامه أيضاً عدم جواز نكاح الأمة إذا عدم الشرط، وإن كانت لا تلد لصغر أو رتق ونحو ذلك، وصرحا به أيضاً (واقتضى كلامه) أنه إذا لم يجد ما يتزوج به حرة لم يلزمه الاقتراض مع القدرة عليه، ولا التزوج بصداق في الذمة وإن كان مؤجلاً، دفعا للضرر عنه، وصرح به القاضي وأبو محمد، وكذلك لو وهب له الصداق لم يلزمه قبوله، نعم لو رضيت المرأة بدون صداق مثلها، وهو قادر على ذلك، ففي جواز نكاح الأمة إذاً احتمالان، ذكرهما القاضي في التعليق.

وظاهر كلام الخرقي الجواز، ولو لم يجد حرة إلا بزيادة على مهر مثلها لا يجحف بماله، فقال أبو محمد: يلزمه النكاح للاستطاعة، ولا يرد التيمم على وجه، لأنه رخصة عامة، ونكاح الأمة إنما أبيح للضرورة ولا ضرورة، وجوز له أبو عبد الله ابن تيمية نكاح الأمة إن عدت الزيادة سرفاً.

(تنبيه) القول قوله في خشية العنت وعدم الطول، حتى لو كان في يده مال فادعى أنه وديعة أو مضاربة قبل قوله، لأنه حكم فيما بينه وبين الله تعالى، والله أعلم.

قال: ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت، ثم أيسر لم يفسخ نكاحها.

ش: هذا هو المذهب المنصوص المجزوم به عند عامة الأصحاب، لأن زوال الشرط بعد العقد لا يبطله، بدليل إذا ارتدت المرأة أو لزمتها عدة، ولأن الممنوع منه النكاح، وهذا غير ناكح، وإنما هو مستديم، وخرج القاضي وغيره (رواية أخرى) بالفسخ، مما إذا تزوج حرة على الأمة فإن فيها روايتين منصوصتين، وذلك لأن نكاح الأمة إنما أبيح للضرورة، فيزول بزوالها، كأكل الميتة، وفرق بأن في الميتة هو مبتد، وهنا مستديم، ولم يتعرض الخرقي لما إذا أمنت العنت، وفيه طريقان للأصحاب، منهم من أجرى الخلاف فيه كأبي عبد الله ابن تيمية، ومنهم كأبي محمد وابن حمدان ـ من لم يجر الخلاف فيه، حتى أن بعض أصحاب الخلاف جعله أصلاً وقاس عليه ما تقدم، والله أعلم.

قال: وله أن ينكح من الإماء أربعاً إذا كان الشرطان فيه قائمين.

ش: يعني أنه إذا تزوج أمة فلم تعفه، ولم يجد طولاً، له أن يتزوج ثانية وثالثة ورابعة، وهذا أنص الروايتين عن أحمد، واختيار ابن عقيل في التذكرة، وأبي محمد، لدخوله في الآية الكريمة، إذ هو عادم للطول، خائف للعنت، (ونقل عنه) حرب: لا يعجبني أن يتزوج إلا واحدة.

٢٥٣٣ ـ يذهب إلى قول ابن عباس رضي الله عنهما: لا يتزوج الحر من الإماء إلا واحدة. فأخذ من ذلك ابن أبي موسى والقاضي في المجرد وغير واحد من الأصحاب رواية بالمنع، واختارها القاضي في المجرد، وحكاها عن أبي بكر، وأبى ذلك في الجامع الكبير، مدعياً بأن إطلاقه محمول على ما إذا خشي العنت، وكذا قال أبو محمد، وحمل أيضاً قول ابن عباس على ذلك، لكن القاضي في الجامع يفسر خشية العنت هنا بما إذا كان تحته أمة غائبة أو مريضة أو طفلة، فعنده أن وجود زوجة يمكن وطؤها مؤمن من العنت، وهذا في الحقيقة عين القول بالمنع.

(تنبيه) على القول بالجواز له أن ينكح الأربع دفعة واحدة إذا علم أنه لا يعفه إلا ذلك، صرح به القاضي في المجرد، وقد يقال: إن ظاهر كلام الخرقي يقتضيه، والله أعلم.

قال: وإذا خطب الرجل المرأة فلم يسكن إليه فلغيره خطبتها.

ش: لا يجوز للرجل أن يخطب على خطبة أخيه في الجملة، على المذهب المعروف المشهور.

٢٥٣٤ ـ لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «المؤمن أخو المؤمن، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على

خطبة أخيه حتى يذر»[١] رواه أحمد ومسلم، ولأن في ذلك إفساداً على الخاطب الأول، وإيقاعاً للعداوة بينهما، وجعل أبو حفص ذلك مكروهاً لا محرماً، وكأنه ذهب إلى قول أحمد في رواية صالح: أكرهه. وحمل القاضي ذلك على التحريم لتصريحه به في رواية ابن مشيش، فعلى الأول إنما يمنع إذا أجيب تصريحاً، وكذلك إن أجيب تعريضاً على إحدى الروايتين، وهو ظاهر كلام الخرقي، لأنه قد وجد السكوت، واختيار أبي محمد، لما تقدم.

٢٥٣٥ ـ وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه إلا بإذنه»[٢] رواه مسلم وأبو داود. (والرواية الثانية) لا يمنع مع التعريض.

٢٥٣٦ ـ لحديث فاطمة بنت قيس الذي في الصحيح، فإن النبي ﷺ أمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم، وقال لها: «إذا حللت فآذنيني» قالت: فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني. فقال رسول الله ﷺ: «أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، انكحي أسامة بن زيد» قالت: فكرهته، ثم قال: «انكحي أسامة بن زيد» فنكحته فجعل الله فيه خيراً واغتبطت به[٣]. فظاهره أنها ركنت إلى أحدهما، وأيضاً فالرسول ﷺ قال لها: «انكحي أسامة» ولم يسألها هل ركنت إلى أحدهما أم لا، وقد أجيب بأن في الحديث في رواية أخرى في الصحيح: أرسل إليها رسول الله ﷺ أن لا تسبقيني بنفسك. وفي رواية «ولا تفوتيني بنفسك» ولا يظن بها أنها كانت تجيب، قبل إذن رسول الله ﷺ، وإنما جاءت مستشيرة، وأيضاً فهو كان قد خطبها أولا، فخطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة، بقي أن يقال: فالرسول ﷺ قد عرض بخطبتها، فكيف ساغ لغيره الخطبة، ولم ينكر الرسول ﷺ عليه، ويجاب أنهما لم يعلما، فيحتمل أن الرسول ﷺ أنكر عليهما ولم ينقل، أو يقال: إنما يمنع الرجل من الخطبة على خطبة أخيه إذا خطب تصريحاً. أما إن خطب تعريضاً فلا، وهذا أحسن، وبه يستدل على أنه إذا أجابت تعريضاً للغير الخطبة، قياساً لأحد الشقين على الآخر انتهى، أما إن رد فيجوز، لأنها تصير كمن لم تخطب، ولأن المنع والحالة هذه نهاية الضرر بالمرأة، إذ لا يشاء أحد أن يمنعها النكاح بخطبته إلا فعل، والضرر منفي شرعاً، وكذلك إن ترك الخاطب الخطبة أو أذن، لحديث عقبة وابن عمر، ولو سكتت فكذلك عند القاضي في المجرد وابن عقيل، وعن القاضي في البكر سكوتها رضى، وإن لم يعلم الحال فوجهان (الجواز)

(١) أخرجه مسلم ٩/ ١٩٩، وأحمد ٤/ ١٤٧.
(٢) أخرجه مسلم ٩/ ١٩٧، وأبو داود حديث ٢٠٨١.
(٣) أخرجه مسلم ١٠/ ٩٤، والنسائي ٦/ ٧٥، والدارمي ٢/ ١٣٥، وأحمد ٦/ ٤١٢.

لأن المانع الإجابة ولم يعلم (والمنع) لأن المقتضي للمنع قد وجد، والمبيح الإذن أو الترك أو الرد، ولم يعلم واحد منهما.

(تنبيهات) (أحدها) قوله: وإذا خطب الرجل. يشمل خطبة كل رجل، والمنع مختص بالخطبة على خطبة المسلم، نص عليه أحمد، وهو مقتضى حديث عقبة رضي الله عنه وغيره، (الثاني) أناط الخرقي الحكم بالمرأة، وهو صحيح إن كانت غير مجبرة، أما إن كانت مجبرة فالعبرة بالولي، لا بها.

٢٥٣٧ ـ وفي الحديث أن النبي ﷺ خطب عائشة إلى أبي بكر، رواه البخاري[١].

٢٥٣٨ ـ وقالت أم سلمة: أرسل إلي رسول الله ﷺ يخطبني[٢]. رواه مسلم. فدل على أن خطبة المجبرة إلى وليها، وخطبة الرشيدة إلى نفسها، وعلى هذا لو رضي الولي بالخاطب حرم على غيره خطبتها وإن كرهت المرأة، هذا ظاهر كلام جماعة، وصرح به القاضي في المجرد، وابن عقيل، وقال أبو محمد في المغني: إذا كرهت المجبرة المجاب، واختارت غيره، سقط حكم إجابة وليها، إذ اختيارها مقدم على اختياره، وإن كرهته ولم تختر سواه قال: فينبغي أن تسقط الإجابة أيضاً (الثالث) إذا تزوج من خطب على خطبة أخيه حيث منع، فالمنصوص ـ وهو اختيار القاضي وابن عقيل، وأبي محمد ـ الصحة، لأن المحرم لم يقارن، وقال أبو بكر في البيع على بيع أخيه: إنه باطل، وحكاه نصا عن أحمد، فخرج ابن عقيل وغيره بطلان النكاح نظراً للنهي، والله أعلم.

قال: ولو عرض للمرأة وهي في العدة بأن يقول: إني في مثلك لراغب. وإن قضي شيء كان؛ وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها، فلا بأس بذلك، إذا لم يصرح.

ش: يباح التعريض بخطبة المعتدة في الجملة، ويحرم التصريح، لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: ٢٣٥] فنفى سبحانه الحرج عن التعريض، ومفهومه وقوع الحرج على التصريح، وأكد ذلك بقوله سبحانه: ﴿سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: ٢٣٥] والسر الجماع، قاله الشافعي وغيره، ولحديث فاطمة المتقدم، فإن النبي ﷺ عرض بخطبتها وهي في العدة (ويستثنى) مما تقدم صاحب العدة، فإنه يباح له التصريح والتعريض إن كانت ممن يحل له التزويج بها في العدة، كالرجعية والمبانة بدون الثلاث، والمختلعة، أما إن لم تحل له كالمزني بها، ومن

---

(١) صحيح البخاري حديث ٥٠٨١.

(٢) أخرجه مسلم ٦/ ٢٢٠، والنسائي ٦/ ٨١.

نكحها في عدة من غيره ووطئها، فقال أبو العباس: ينبغي أن يكون كالأجنبي، (ويستثنى) من التعريض الرجعية، فإنه لا يجوز أن يعرض لخطبتها بلا نزاع، لأنها في حكم الزوجة، وكذلك مبانة تباح بعقد في وجه.

والتعريض ما يفهم منه النكاح مع احتمال غيره، كما مثل الخرقي رحمه الله، وكما جاء في الحديث: «لا تسبقينا بنفسك، ولا تفوتينا بنفسك».

٢٥٣٩ ـ وكما روى البخاري[1] عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٥] الآية يقول: إني أريد التزويج، ووددت أنه يسر لي امرأة صالحة.

٢٥٤٠ ـ وكما روي في قصة سكينة بنت حنظلة رضي الله عنها قالت: استأذن عليَّ محمد بن علي ولم تنقض عدتي من مهلكة زوجي، فقال: قد عرفت قرابتي من رسول الله ﷺ، وقرابتي من علي، وموضعي من العرب، قلت: غفر الله لك يا أبا جعفر، إنك رجل يؤخذ عنك، تخطبني في عدتي؟. قال: إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله ﷺ ومن علي، وقد دخل رسول الله ﷺ على أم سلمة وهي متأيمة من أبي سلمة، فقال: «قد علمت أني رسول الله، وخيرته من خلقه، وموضعي من قومي» كانت تلك خطبته، رواه الدارقطني[2] والتصريح الكلام الذي لا يحتمل غير النكاح، كقوله إني أريد أن أتزوجك. ونحوه.

(تنبيه) حيث حرم التصريح أو التعريض ففعل ونكح صح، ذكره القاضي، وابن عقيل وأبو محمد وغيرهم، وهو قياس قول أحمد في الخطبة على خطبة أخيه، ويتخرج وجهاً بالبطلان كالوجه في الخطبة. والله أعلم.

باب نكاح أهل الشرك وغيره

قال: وإذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل بهن بِنَّ منه.

ش: لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠]، ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] ولأنه اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح، فإذا وجد قبل الدخول تعلقت به الفرقة في الحال كالردة.

وقول الخرقي: وإذا أسلم الوثني. وكذلك كل كافر وإن كان من أهل الكتاب، وقوله: وقد تزوج بأربع. لا مفهوم له، بل لو تزوج بواحدة أو أكثر كان كذلك، وقوله: وثنيات. وكذلك من في معناهن كالمجوسيات، أما لو كن كتابيات فإن النكاح لا ينفسخ، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

---

(١) صحيح البخاري حديث ٥١٢٤.

(٢) سنن الدارقطني ٣/ ٢٢٤.

(تنبيه) البينونة هنا فسخ لا طلاق، نص عليه أحمد. والله أعلم.

قال: وكان لكل واحدة منهن نصف ما سمي لها إن كان حلالاً، أو نصف صداق مثلها إن كان ما سمي لها حراماً.

ش: إذا بِنَّ منه والحال ما تقدم كان لكل واحدة منهن نصف الصداق، على المشهور من الروايتين، والمختار للأصحاب، الخرقي، وأبي بكر والقاضي وغيرهم، إذ الفرقة حقيقة من جهته، أشبه ما لو طلقها (والثانية) لا شيء لها، نظراً إلى أنه قد فعل الواجب عليه، وهي بتأخرها عن الإسلام كأن الفرقة من جهتها، وحذاراً من التنفير عن الإسلام، باجتماع فسخ النكاح عليه، ووجوب المهر، وعلى المذهب لها نصف المسمى إن كان صحيحاً، أو نصف مهر مثلها إن كان فاسداً، وإن لم يكن مسمى فالمتعة، والله أعلم.

قال: ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بِنَّ منه أيضاً.

ش: لما تقدم فيما إذا أسلم الزوج وحذراً من إقرار مسلمة تحت مشرك، والله أعلم.

قال: ولا شيء عليه لواحدة منهن.

ش: قطع بهذا جمهور الأصحاب، ونص عليه أحمد، معللاً بأن الفرقة جاءت من جهتها، ونقل أبو محمد عن أحمد رواية أخرى، وزعم أنها اختيار أبي بكر أن لها نصف المهر، نظراً إلى أن الفرقة جاءت من قبل الزوج، بتأخره عن الإسلام، والمنقول عن أحمد في رواية الأثرم التوقف، والله أعلم.

قال: فإن كان إسلامه وإسلامهن قبل الدخول معاً فهن زوجات.

ش: لأن المحذور وهو اختلاف الدين منتف.

٢٥٤١ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً جاء مسلماً على عهد رسول الله ﷺ، ثم جاءت امرأته مسلمة بعده، فقال: يا رسول الله إنها قد كانت أسلمت معي. فردها عليه[1]، رواه أبو داود والترمذي وصححه، والمعية أن يتلفظا بالإسلام دفعة واحدة، على ظاهر كلام الخرقي وغيره، وصرح به أبو محمد، وحكى احتمالاً بأن المعية أن يسلم المتأخر منهما في المجلس، نظراً إلى أن حكم المجلس حكم العقد، بدليل القبض ونحوه، واختار أبو العباس أن المعية أن يشرع الثاني قبل أن يفرغ الأول، والله أعلم.

قال: فإن كان دخل بهن ثم أسلم فمن لم يسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلف الدينان.

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٣٨.

ش: هذا هو المشهور من الروايات، قال أبو بكر: رواه عنه نحو من خمسين رجلاً، والمختار لعامة الأصحاب الخرقي والقاضي، وأصحابه، والشيخين وغير واحد.

٢٥٤٢ ـ لما روى الزهري أن نساءً كن في عهد رسول الله ﷺ يسلمن بأرضهن وهن غير مهاجرات، وأزواجهن حين أسلمن كفار، منهن بنت الوليد بن المغيرة، وكانت تحت صفوان بن أمية، فأسلمت يوم الفتح، وهرب صفوان من الإسلام، فبعث إليه رسول الله ﷺ ابن عمه وهب بن عمير، برداء رسول الله ﷺ أماناً لصفوان، ودعاه رسول الله ﷺ إلى الإسلام، وأن يقدم عليه، فإن رضي أمراً قبله، وإلا سيره شهرين، فلما قدم صفوان على رسول الله ﷺ بردائه ناداه على رؤوس الناس، فقال: يا محمد هذا وهب بن عمير جاءني بردائك، وزعم أنك دعوتني إلى القدوم عليك، فإن رضيت أمراً قبلته، وإلا سيرتني شهرين، فقال رسول الله ﷺ: «انزل أبا وهب» فقال: والله لا أنزل حتى تبين لي؛ فقال رسول الله ﷺ: «بل لك سير أربعة أشهر» فخرج رسول الله ﷺ قبل هوازن بحنين، فأرسل إلى صفوان يستعير أداة وسلاحاً عنده، فقال صفوان: أطوعا أم كرها؟ فقال: «بل طوعاً» فأعاره الأداة والسلاح التي عنده، ثم رجع مع رسول الله ﷺ وهو كافر، فشهد حنيناً والطائف وهو كافر، وامرأته مسلمة، ولم يفرق رسول الله ﷺ بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان، واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح، قال ابن شهاب: كان بين إسلام صفوان وإسلام امرأته نحو من شهر.

٢٥٤٣ ـ وعنه أيضاً أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام ـ وكانت تحت عكرمة بن أبي جهل ـ أسلمت يوم الفتح، وهرب زوجها عكرمة من الإسلام، حتى قدم اليمن، فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن، فدعته إلى الإسلام فأسلم، وقدم على رسول الله ﷺ عام الفتح، فلما رآه رسول الله ﷺ وثب إليه فرحاً، وما عليه رداء، حتى بايعه فثبتا على نكاحهما، رواهما مالك في الموطأ، وهذان وإن كانا قضية في عين، فيحملان على ما بعد العدة، إذ الظاهر ذلك.

٢٥٤٤ ـ ولأن في حديث الزهري: ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله وإلى رسوله ﷺ وزوجها كافر مقيم بدار الحرب إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها، إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها.

٢٥٤٥ ـ وقال ابن شبرمة: كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة، والمرأة قبل الرجل، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته، فإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما. وخرج ما قبل الدخول، لعدم العدة، فإن قيل:

٢٥٤٦ ـ فقد روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: رد رسول الله ﷺ ابنته زينب على أبي العاص بالنكاح الأول، بعد ست سنين ولم يحدث شيئاً[1]، رواه أبو

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٤٠، وابن ماجه حديث ٢٠٠٩، وأحمد ١/ ٢١٧.

داود والترمذي، وقال: ليس بإسناده بأس، وابن ماجه وقال: بعد سنتين. كذلك قال أبو داود في رواية أخرى، وصححه الحاكم وغيره.

قيل: قد أجيب عنه بأجوبة (منها) بالطعن فيه، فإنه من رواية داود بن الحصين، عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما، وهو نسخة ضعف أمرها علي بن المديني وغيره، وقال أحمد في رواية أبي طالب ما أراه يصح، يختلفون فيه.

٢٥٤٧ ـ ويؤيد ذلك ما روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي ﷺ رد ابنته على أبي العاص بمهر جديد، ونكاح جديد[1]، رواه الترمذي وغيره. لكن أهل العلم بالحديث على أن حديث ابن عباس أصح، قال أحمد: روي أن النبي ﷺ رد ابنته بالنكاح الأول، فقيل له: يروى أنه ردها بنكاح مستأنف؟ قال: ليس بذلك أصل. وقال البخاري: حديث ابن عباس أصح من حديث عمرو بن شعيب. وقال الدارقطني: حديث عمرو هذا لا يثبت، والصواب حديث ابن عباس (الثاني) وهو الذي اعتمده الخطابي وغيره أنها قضية عين، فيحتمل أنها بقيت في عدتها، بأن كانت حاملاً، أو ارتفع حيضها برضاع ونحوه (الثالث) دعوى نسخه بأنه كان قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار (والرواية الثانية) ينفسخ النكاح في الحال، كما قبل الدخول، اختارها الخلال وصاحبه، لقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ والدليل منها من أوجه (أحدها) عموم: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ (الثاني) قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُواْ﴾ فأمر برد المهر ولو لم تقع الفرقة باختلاف الدين لما أمر برد المهر (الثالث) قوله: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] فأباح سبحانه نكاحهن على الإطلاق (الرابع) قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] وعلى هذا فما تقدم يكون منسوخاً بهذه الآية الكريمة وأجيب (عن الأول) بأن المراد: في حال كفرهن، بدليل: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾ [الممتحنة: ١٠] (وعن الثاني) بأنه كان يجب دفع المهر إلى الزوج إذا جاء وإن كان قبل انقضاء عدتها، لانتفاء ردها إليه، فإن أسلم قبل انقضائها سقط وجوب المهر، ووجب تسليمها إليه، ثم نسخ وجوب دفع المهر إليه (وعن الثالث) بأنه محمول على ما بعد العدة، وكذا الجواب (عن الرابع) جمعا بين الأدلة (والرواية الثالثة) الوقف بإسلام الكتابية، والانفساخ بغيرها (والرواية الرابعة) الوقف، قال: أحب إلي الوقف عندنا، وقيل عنه ما يدل (على خامسة) وهو الأخذ بظاهر حديث زينب، وأنها ترد ولو بعد العدة.

وظاهر كلام الخرقي أن الفرقة حيث تقع، تقع في الحال، ولا يحتاج إلى حاكم،

---

(١) أخرجه الترمذي ١١٥٠، وابن ماجه حديث ٢٠١٠.

ولا إلى عرض الزوج على الإسلام، ونص عليه أحمد والأصحاب، وظاهر كلامه أيضاً أنه لا فرق في هذا الحكم بين دار الحرب ودار الإسلام، ونص عليه أحمد والأصحاب.

٢٥٤٨ ـ وقد روي أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران، ثم أسلمت امرأته بمكة، فأقرهما النبي ﷺ على نكاحهما والله أعلم.

قال: ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد، أو في عقود متفرقة، ثم أصابهن، ثم أسلم ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها، أمسك أربعاً منهن، وفارق ما سواهن، سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن.

٢٥٤٩ ـ ش: الأصل في هذا ما روى الحارث بن قيس الأسدي أو قيس بن الحارث قال: أسلمت وعندي ثمان نسوة، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال ﷺ: «اختر منهن أربعاً»(١) رواه أبو داود وابن ماجه، وقد ضعف من قبل محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى.

٢٥٥٠ ـ وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن غيلان بن سلمة أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية، فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يتخير أربعاً منهن(٢). رواه الترمذي وابن ماجه، وهذا وإن كان مرسلاً على الصحيح عند الأئمة، قاله الإمام أحمد والبخاري وغيرهما، إلا أنه قد عضده الذي قبله، فصار حجة بالاتفاق، ولهذا احتج به أحمد في رواية أبي الحارث، وتأويله بأن «اختر أربعاً» بمعنى: اختر أربعاً تعقد عليهن عقداً جديداً، مردود بأن في الدارقطني «أمسك منهن أربعاً» والإمساك إنما هو بالعقد الأول، كما في قوله سبحانه: ﴿أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾ [الأحزاب: ٣٧] ثم إن تجديد العقد ليس إليه، والشارع قد فوض الاختيار إليه، وحمله على أنه تزوجهن في عقود، وأنه يختار الأوائل، بعيد من اللفظ جداً.

٢٥٥١ ـ ثم في روايات حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً قال: يا رسول الله ما ترى في من أسلم وله عشر نسوة؟ قال: «يتخير منهن أربعاً» وهذا يخرج الحديث عن أن يكون واقعة عين.

وقول الخرقي: نكح أكثر من أربع. بيان صورة المسألة، إذ لو نكح أربعاً فما دون والحال ما تقدم ثبت نكاحهن، (وقوله) في عقد واحد أو في عقود متفرقة، يحترز به عن مذهب الحنفية، إذ عندهم أنهم إن كانوا في عقد واحد انفسخ نكاحهن، وإن كانوا في عقود صح نكاح الأوائل، (وقوله) ثم أصابهن. لأنه لو لم يصبهن انفسخ نكاحهن في الحال، لكون إسلامه قبل الدخول، نعم لو كان إسلامهن معه تخير،

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٤١، ٢٢٤٢، وابن ماجه حديث ١٩٥٢.
(٢) أخرجه الترمذي ١١٣٧، وابن ماجه حديث ١٩٥٣، وأحمد ٢/ ٤٤.

والخرقي إنما صور المسألة فيما إذا وقع إسلامهن بعد إسلامه، (وقوله) ثم أسلم، ثم أسلمت كل واحدة منهن، يحترز به عما إذا أسلم أربع منهن فما دون، فإنه لا يخيَّر (وقوله): في عدتهن. يحترز به عما إذا تأخر إسلامهن عن العدة، فإن نكاحهن ينفسخ كما تقدم، ولا تخيير، (وقوله): أمسك أربعاً منهن وفارق سائرهن، هذا هو الحكم، وهو واجب عليه إن اختار البقاء على النكاح، وإن اختار ترك نكاح الجميع فله ذلك، لكن يكون في أربع بطلاق، لأنهن زوجات، وفي الباقيات فسخ، (وقوله): سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن. هو من تمام الاحتراز عن مذهب الحنفية، والضمير في نكح، وفي الأربع، يرجع إلى الوثني أي ولو نكح الوثني أكثر من أربع وثنيات، فلا يرد عليه إذ أسلم زوج الكتابيات فإنه يتخير منهن، ولا يشترط إسلامهن.

(تنبيهات) أحدها عموم كلام الخرقي يشمل ما إذا كان محرماً، وقاله أبو محمد، وقال القاضي: لا يختار والحال هذه، ويشبه هذا الارتجاع في الإحرام (الثاني) لو أسلمت المرأة ولها زوجان أو أكثر، تزوجاها في عقد واحد، لم يكن لها أن تختار أحدهما، ذكره القاضي وغيره محل وفاق، لأن البضع حصل بينهما مشتركاً، بخلاف ما تقدم، فإن الزوج ملك بضع كل واحدة. (الثالث) صفة الاختيار والفراق وضابطه أن كل لفظ دل على الاختيار فهو اختيار، وكل لفظ دل على الفراق فهو فراق، ومثاله أن يقول لأربع من ثمان مثلاً: أمسكت هؤلاء. أو اخترتهن، أو رضيتهن، ونحو ذلك، أو يقول: تركت هؤلاء الأربع، أو فسخت نكاحهن، فيثبت نكاح الأخر، فإن طلق إحداهن كان اختياراً، إذ الطلاق لا يكون إلا في زوجته، وكذلك لو أتى بلفظ الفراق أو السراح، ناوياً به الطلاق، وإن أطلق فاحتمالان مبنيان ـ والله أعلم ـ على أنهما هل هما صريحان في الطلاق أو لا، وكذلك لو وطىء على المذهب لتضمنه الرضى بالموطوءة، ووقع للقاضي في التعليق في باب الرجعة أنه لا يكون اختياراً، وإن ظَاهَر أو آلى من إحداهما فوجهان، أشهرهما: لا يكون اختياراً لصحته في غير زوجته، والثاني يكون اختياراً، لأن حكمه لا يترتب إلا في زوجة، والله أعلم.

قال: ولو أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة.

٢٥٥٢ ـ ش: لما روى ابن فيروز الديلمي عن أبيه رضي الله عنهما قال: قلت: يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان؟ فقال رسول الله ﷺ: «طلق أيتهما شئت»[(١)] رواه أحمد وأبو داود، وابن ماجه والترمذي، وحسنة ولفظه «اختر أيتهما شئت» وصححه البيهقي، وكذلك الحكم فيمن يحرم الجمع بينهما، كالمرأة وعمتها، ونحو ذلك، وشرط الاختيار أن تكونا كتابيتين أو غيرهما، ويسلما معه، أو بعده في العدة إن

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٤٣، وابن ماجه حديث ١٩٥١، وأحمد ٤/ ١٣٢.

كانت في عدة، على المذهب، أما إن لم تكن عدة كقبل الدخول، فإن نكاحهما ينفسخ، فإن أسلمت إحداهما دون الأخرى، فقبل الدخول يثبت نكاح المسلمة، ويزول نكاح المشركة إن لم تكن كتابية، فإن كانت كتابية فكذلك على ما أورده ابن حمدان مذهباً: وقيل: يخير، وهو القياس، وبعد الدخول كذلك على رواية، وعلى المشهور يقف الفسخ على انقضاء العدة، فإن أسلمت الأخرى فيها خير، وإلا انفسخ نكاحها، والله أعلم.

قال: ولو كانتا أماً وبنتاً فأسلم وأسلمتا معاً قبل الدخول فسد نكاح الأم، وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهما.

ش: إذا أسلم وتحته اثنتان إحداهما أم الأخرى، فأسلمتا معاً قبل الدخول بالأم فسد نكاح الأم، لأنها أم معقود على ابنتها، فتدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وأنكحة الكفار صحيحة أو في حكم الصحيحة، وإن كان قد دخل بالأم فسد نكاحهما، لأنها إذاً ربيبة مدخول بأمها، فتدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ﴾ الآية، ولو لم يسلم إلا إحداهما فكذلك، إن كانت المسلمة الأم فسد نكاحهما، وكذلك إن كانت البنت وقد دخل بأمها، وإلا ثبت نكاحها، والله أعلم.

قال: ولو أسلم عبد وتحته زوجتان، وقد دخل بهما فأسلمتا في العدة، فهما زوجتاه، ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين.

ش: إذا أسلم عبد وتحته زوجتان مدخول بهما، فأسلمتا في العدة ثبت نكاحهما، لأن له والحال هذه ابتداء نكاحهما، فكذلك استدامته، وسواء كانتا حرتين أو أمتين أو مختلفتين، نعم هل للحرة والحال هذه خيار الفسخ؟ قال القاضي في المجرد، وابن عقيل: قياس المذهب لا؛ واختاره أبو محمد، لأنها رضيت به كذلك، وجعله القاضي في الجامع كالعيب الحادث، نظراً بأن الرق ليس بنقص، وإن كان عيباً، لكن لا يؤثر في الكفر، وإنما يؤثر ما ليس بنقص في الكفر في الإسلام، وإن كن أكثر من اثنتين فأسلمن في العدة لم يكن له أن يختار أكثر من اثنتين، كابتداء النكاح، وله أن يختار ولو حرة وأمة على الصحيح.

قال: وإذا تزوجها وهما كتابيان، فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته.

ش: لأنه والحال هذه يجوز له ابتداء نكاحها، فكان له استدامه، مع أن هذا قد حكاه أحمد وابن عبد البر وغيرهما إجماعاً والله أعلم.

قال: وإن كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها.

ش: أما الفسخ فلأن المسلمة لا تقر تحت مشرك، وأما عدم المهر فلأن الفرقة جاءت من قبلها، وقد تقدم حكاية رواية أخرى أن لها نصف المهر، ولو كان إسلامها والحال هذه بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة على المذهب، فإن أسلم فيها

وإلا انفسخ النكاح، ولو أسلما معاً فالنكاح بحاله، والله أعلم.

قال: وما سمي لها وهما كافران فقبضته ثم أسلمت فليس لها غيره، وإن كان حراماً، ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها، أو نصف مهر مثلها حيث أوجب ذلك.

ش: إذا سمى الكافران تسمية فاسدة فقبضتها المرأة فلا شيء لها سواها، لوقوعها الموقع بالقبض، بدليل قوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾ [البقرة: ٢٧٨] أمر سبحانه بترك ما بقي دون ما قبض، وقال تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٧٥] والحكمة في ذلك والله أعلم أن إبطال ما قبض يشق، لتطاول الزمان، وكثرة تصرفهم في الحرام، ولما في ذلك من التنفير عن الإسلام، ولذلك لا يجب عليهم قضاء الفرائض ونحوها، وإن لم تقبضه المرأة فلها عليه مهر مثلها، أو نصف مهر مثلها حيث أوجب ذلك، على المذهب عند الأصحاب بلا ريب، لأن الممضي للتسمية الفاسدة القبض ولم يوجد، والقاعدة أن التسمية إذا كانت فاسدة وجب مهر المثل إن دخل بها، أو نصفه إن لم يدخل بها، وخرج القاضي في تعليقه رواية أخرى في الخمر والخنزير أن لا شيء لها في معينه، لأنه قد تعذر تسليمه، وخرج عن كونه مالاً بالإسلام، ومن أصلنا أن المعين إذا تلف قبل قبضه سقط، وأن لها في غير المعين قيمته، لأن أحمد قال في رواية الميموني في عاشر المسلمين: يُقَوِّم الخمر عليهم، ويأخذ العشر من ثمنها. انتهى ونقل عنه ابن منصور في نصراني تزوج نصرانية على قلة خمر، ثم أسلما: فإن دخل بها فهو جائز، وإن لم يدخل بها فلها صداق مثلها، وظاهر هذا أن قبل الدخول يجب صداق المثل بكل حال، وإن قبضت المحرم، قال أبو العباس: وهو قوي؛ إذ تقابض الكفار إنما يمضي على المشهور إذا وجد عن الطرفين، وهنا البضع لم يقبض.

وقد تضمن كلام الخرقي أن التسمية الصحيحة تمضي بكل حال، وهو واضح، والله أعلم.

قال: ولو تزوجها وهما مسلمان، فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها.

ش: أما فسخ النكاح فلأن المسلم لا يتزوج مرتدة، فلا يستديم نكاحها، ولا عدة تنتظر، وأما عدم المهر فلأن الفرقة جاءت من قبلها.

قال: ولو كان هو المرتد قبلها فكذلك، إلا أن عليه نصف المهر.

ش: يعني ينفسخ النكاح لما تقدم، ولظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] ونحوه، وعليه نصف المهر، لوجود الفرقة من جهته.

قال: ولو كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها.

ش: لأنه قد امتنع بردتها من الاستمتاع، فلا يجب لها النفقة كالناشز.

قال: وإن لم تسلم في عدتها انفسخ النكاح.

ش: لا إشكال في ذلك كما تقدم، أما إن أسلمت في عدتها فمفهوم كلامه ثبوت النكاح، وهو بناء على مختاره من القول بالوقف، وعلى الرواية الأخرى لا وقف، فينفسخ النكاح حين ارتدادها، وقد تقدم توجيه الروايتين، والله أعلم.

قال: ولو كان هو المرتد بعد الدخول، فلم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان.

ش: حكم الرجل في ارتداده بعد الدخول حكم المرأة في فسخ النكاح وعدمه، أما في النفقة فتجب، ولهذا سكت عنها الخرقي، ونفاها فيما إذا كانت هي المرتدة، لأن التسليم منها موجود، والامتناع من جهته بارتداده.

(تنبيه) لم يتعرض الخرقي لما إذا ارتدا معاً، والحكم أن النكاح ينفسخ إن كان قبل الدخول، إذ كل حكم يتعلق بردة أحدهما تعلق بردة غيره معه، أصله استباحة دمه وماله، ولأن الإنشاء والحال هذه لا يجوز، فكذلك الاستدامة، ويقف على انقضاء العدة إن كان بعد الدخول على المشهور من الروايتين، وهل يجب نصف المهر إن كانت الردة قبل الدخول؟ فيه وجهان، إذ الفرقة منهما، فهو كتلاعنهما ونحوه، وتجب النفقة مع الوقف، لأنها كانت واجبة، ولم تنفرد المرأة بما يسقطها، والله أعلم.

قال: وإذا زوجه وليته، على أن يزوجه الآخر وليته، فلا نكاح بينهما وإن سموا مع ذلك صداقاً.

ش: إذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته، فلا يخلو إما أن يسموا مع ذلك صداقاً أو لا، فإن لم يسموا مع ذلك صداقاً فلا خلاف عن أحمد نعلمه، ولا نزاع بين الأصحاب في بطلان النكاح.

٢٥٥٣ ـ لما روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، وليس بينهما صداق[١]. رواه الجماعة، لكن الترمذي لم يذكر تفسير الشغار، وأبو داود جعله من كلام نافع، وهو كذلك في رواية متفق عليها.

٢٥٥٤ ـ وعن ابن عمر أيضاً أن النبي ﷺ قال: «لا شغار في الإسلام»[٢] رواه مسلم.

٢٥٥٥ ـ وروي نحوه من حديث عمران بن حصين، وأنس وجابر بن عبد الله

(١) أخرجه البخاري حديث ٥١١٢، ومسلم ٩/ ٢٠٠، وأبو داود حديث ٢٠٧٤، والنسائي ٦/ ١١٠، ١١٢، وابن ماجه حديث ١٨٨٣، وأحمد ٢/ ٧، ٩، ٣٥، ٩١.

(٢) أخرجه مسلم ٩/ ٢٠٠، وأحمد ٢/ ٩١.

رضي الله عنهم وغيرهم، والنهي يدل على فساد المنهي عنه، والنفي لنفي الحقيقة الشرعية، ويؤيد ذلك فعل الصحابة.

٢٥٥٦ ـ قال أحمد رحمه الله عن عمر وزيد رضي الله عنهما أنهما فرقا فيه، وكذلك معاوية أمر بذلك.

وخَرَّج أبو الخطاب في هدايته، ومن تبعه رواية ببطلان الشرط، وصحة العقد، من نصه في رواية الأثرم: إذا تزوجها بشرط الخيار أو إن جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح، أن النكاح جائز، والشرط باطل، إذ فساد التسمية لا يوجب فساد العقد، كما لو تزوجها على خمر أو خنزير، فعلى هذا يجب مهر المثل انتهى.

وإن سموا مع ذلك صداقاً فالمنصوص عن أحمد رحمه الله الصحة، وعليه عامة الأصحاب، لما تقدم من حديث ابن عمر إذ هذا التفسير إن كان من الرسول فواضح، وإن كان من نافع فهو راوي الحديث، وقد فسره بمالا يخالف ظاهره فيتبع.

٢٥٥٧ ـ وقد روى البيهقي[١] عن أبي الزبير عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن الشغار، والشغار أن تنكح هذه بهذه بغير صداق، بضع هذه صداق هذه، وبضع هذه صداق هذه. وقال الخرقي، وأبو بكر في الخلاف: لا يصح أيضاً، وحكاه في الجامع رواية.

٢٥٥٨ ـ لما روى عبد الرحمن بن هرمز الأعرج، أن العباس بن عبد الله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته، وأنكحه عبد الرحمن ابنته، وقد كانا جعلا صداقاً، فكتب معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما إلى مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما، وقال في كتابه: هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ[٢]. رواه أحمد وأبو داود، وأجيب بأن أحمد ضعفه من قبل راويه ابن إسحاق، وبأنه يحمل على أنهما كانا جعلا مهراً قليلاً حيلة.

وحكى أبو البركات قولاً ثالثاً وصححه أنه إن قيل فيه: وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرى لم يصح، للتصريح بالتشريك المقتضي للبطلان، وإلا صح، لأن غايته شرط فاسد، فيفسد ويصح النكاح، وقد ذكر أن ابن عمر فسر الشغار بأن يقول: وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرى. لكن هذا التفسير لا يعرف في الصحاح ولا في السنن.

واعلم أن أبا محمد قال ـ تبعاً للقاضي في الجامع الكبير والمجرد، ولابن عقيل ـ: إنه متى صرح بالتشريك لا يصح النكاح قولاً واحداً، فهذه الصورة عندهم مخرجة من محل الخلاف.

(تنبيه) سمي هذا النكاح نكاح الشغار قيل: لقبحه تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول

(١) السنن الكبرى ٧/ ٢٠٠.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٧٥، وأحمد ٤/ ٩٤.

في القبح يقال: شغر الكلب. إذا فعل ذلك، وهذا قول ابن الأعرابي، وعن الأصمعي: الشغار الرفع، كأن كل واحد رفع رجله، وهذا هو العلة عنده في بطلان الشغار أيضاً، قال: لا يعقل له علة مستقيمة إلا إشغاره عن المهر، قال: وهو الذي يدل عليه قول أحمد، وقدماء أصحابه كالخلال، وصاحبه، وقد فسره أحمد بأنه فرج بفرج، فالفروج كما أنها لا توهب ولا تورث بنص القرآن، فلأن لا يعاوض بضع ببضع أولى، وأورد على هذا بأنه إذاً ينبغي أن يصح ويجب مهر المثل، كما لو سميا فاسداً، وأجيب إذا رضيا بنكاح لا مهر فيه، فما قصداه لم يبحه الشارع، وما أباحه الشارع لم يقصداه، أما إذا سميا فاسداً فقد قصدا المهر، وأورد أيضاً تزويج النبي ﷺ بغير مهر، وتزويج الرجل ابنته، والتفويض لا يسمى شغاراً، وأجيب بأن الشغار فعال، فيكون من الطرفين، أي إخلاء بإخلاء، بضع ببضع، وهذا منتف في هذه المواضع، وعلل القاضي البطلان وجماعة من أتباعه بالتشريك في البضع، إذ المرأة تملك الصداق، والزوج يملك بضع المرأة، فكان بضع كل واحدة منهما مشتركاً بين الزوج والمرأة، ورد بأن هذا ليس هو المقصود قطعاً، وإنما كل من المرأتين رضيت بأن الزوج يستبيح بضعها بلا مهر لها، بل يكون لوليها، وهو بضع الأخرى، وعلل القاضي أيضاً البطلان وأبو محمد بأنه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر فلم يصح، كبعتك ثوبي بمائة على أن تبيعني ثوبك بمائة، وأبو الخطاب جعله من تعليق كل من النكاحين بالآخر، وتعليق النكاح بالشرط لا يصح، وعلله القاضي أيضاً وأبو الخطاب بأنه عقد حصل على وجه جعل المستباح فيه مهراً، فلم يصح، دليله إذا زوج عبده بحرة، وجعل رقبته صداقها لأن ما استباحته من الزوج جعل مهراً، فكذلك هنا ما استباح الزوج من الزوجة جعل مهراً، وقيل غير ذلك وجميعها مستدرك والله أعلم.

قال: ولا يجوز نكاح المتعة.

ش: نكاح المتعة، أن يتزوج امرأة إلى مدة، فإذا انقضت زال النكاح، سواء كانت المدة معلومة كشهر ونحوه، أو مجهولة كنزول المطر ونحوه، وسواء وقع بلفظ النكاح وبولي وشاهدين أم لا، والمذهب المنصوص المختار للأصحاب بلا ريب بطلانه.

٢٥٥٩ ـ لما روى علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر، وفي رواية: نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الأهلية[1]، متفق عليهما.

٢٥٦٠ ـ وعن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: رخص لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء عام أوطاس ثلاث أيام، ثم نهى عنها[2].

(١) أخرجه البخاري حديث ٤٢١٦، ٥١١٥، ومسلم ٩/ ١٨٩.
(٢) أخرجه مسلم ٩/ ١٨٤، وأحمد ٤/ ٥٥.

٢٥٦١ ـ وعن سبرة الجهني رضي الله عنه أنه غزا مع النبي ﷺ فتح مكة، قال: فأقمنا بها خمسة عشر، فأذن لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء، وذكر الحديث إلى أن قال: فلم أخرج حتى حرمها رسول الله ﷺ، وفي رواية أن النبي ﷺ قال: «يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً»(١) رواه أحمد ومسلم، وفي رواية لأحمد وأبي داود عن سبرة أن رسول الله ﷺ في حجة الوداع نهى عن نكاح المتعة(٢). والنهي يدل على فساد المنهي عنه، لا سيما وقد عضده أمره بالتخلية، والاستدامة أسهل من الابتداء، ولأن الأحكام المختصة بالنكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث وغير ذلك لا تتعلق به، فدل على أنه ليس بنكاح، إذ هي لازمة للنكاح الصحيح، وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم، وسأل ابن منصور الإمام أحمد عن متعة النساء: تقول إنها حرام؟ فقال: يجتنبها أحب إلي. فأثبت ذلك أبو بكر في الخلاف رواية، وأبى ذلك القاضي في خلافه، وكذلك أبو الخطاب، حاملاً لها على أنه سئل: هل للعامي أن يقلد من يفتي بمتعة النساء؟ فقال: لا، يجتنبها أحب إلي. أي الأولى أن لا يقلد، وكذلك ابن عقيل، مدعياً أن أحمد رجع عنها، وأبو العباس يقول: توقف عن لفظ الحرام، ولم ينفه، وبالجملة قد استدل لهذه الرواية بقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤].

فعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قرأ: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ﴾ [النساء: ٢٤].

٢٥٦٢ ـ وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: كنا نغزو مع النبي ﷺ ليس معنا نساء، فقلنا: ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا بعد أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثم قرأ عبد الله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾(٣) [المائدة: ٨٧] الآية، متفق عليه.

٢٥٦٣ ـ وعن جابر رضي الله عنه قال: كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الأيام على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، حتى نهى عنه عمر في شأن عمرو بن حريث(٤)، رواه مسلم، وأجيب عن الآية بمنع ثبوت قراءة ابن مسعود رضي الله عنه ثم نسخ الجميع، بدليل ما تقدم.

٢٥٦٤ ـ وقد روى ابن عدي، عن مؤمل بن إسماعيل قال: ثنا عكرمة بن عمار، عن سعيد بن أبي سعيد المقبري، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ

(١) أخرجه مسلم ٩/ ١٨٤، وأحمد ٣/ ٤٠٤.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٧٢، وأحمد ٣/ ٤٠٥.
(٣) أخرجه البخاري حديث ٤٦١٥، ومسلم ٩/ ١٧٩.
(٤) أخرجه مسلم ٩/ ١٨٣.

قال: «هدم المتعة الطلاق والعدة والميراث» قال عبد الحق: وعكرمة إنما يضعف حديثه عن يحيى بن أبي كثير.

(تنبيهان) أحدهما قد تقدم في بعض الأحاديث أن النهي كان يوم خيبر، وفي بعضها عام الفتح، وأجيب عن ذلك بأجوبة (أحدها) أن في حديث علي تقديماً وتأخيراً، تقديره: أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر، ونهى عن متعة النساء، ولم يذكر زمن النهي.

٢٥٦٥ ـ وقد جاء في بعض طرق الحديث أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة، وعن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر، ذكره قاسم بن أصبغ وقال: قال سفيان بن عيينة: يعني أنه نهى عن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر، لا عن نكاح المتعة. (الثاني) أن النهي قد وقع عنها يوم خيبر وعام الفتح جميعاً، فسمعه بعض عام الفتح، وبعض زمن خيبر، ورد بأنه أذن عام الفتح، نعم هذا يجاب به عن النهي عام الفتح، وعام حجة الوداع (الثالث) حمل ذلك على ظاهره، وأنها كانت مباحة، ثم نسخت يوم خيبر، ثم أبيحت ثم حرمت عام الفتح، قال الشافعي: لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه، ثم أحله ثم حرمه، إلا المتعة.

(الثاني) هل يجب الحد فيها؟ يتلخص للأصحاب فيها وجهان، والله أعلم.

قال: ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه لم ينعقد النكاح.

ش: لأنه شبيه بالمتعة، والشبيه بالشيء يعطى حكمه، بيان الشبه أنه ألزم نفسه فراقها في وقت بعينه، والمتعة النكاح يزول فيها في وقت بعينه، قال أحمد في رواية أبي داود إذا تزوجها على أن يحملها إلى خراسان، ومن رأيه إذا حملها إلى خراسان خلى سبيلها، قال: لا، هذا يشبه المتعة، حتى يتزوجها ما حييت، وفي هذا النص إشعار بتعليل آخر، وهو أن وضع النكاح الدوام، وهذا الشرط ينافيه، وأن النية كافية في المنع، وقال أيضاً في رواية عبد الله: إذا تزوجها ومن نيته أنه يطلقها، أكرهه، هذه متعة، وعلى هذا جمهور الأصحاب، القاضي في خلافه، والشريف، وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، لما علل به أحمد من أن هذا في معنى المتعة، وجزم أبو محمد في مغنيه بالصحة، وقال: إنه لا بأس به، كما لو نوى إن وافقته وإلا طلقها، قال أبو العباس: ولم أر أحداً من الأصحاب صرح أنه لا بأس به، وما قاس عليه لا ريب أنه موجب العقد، بخلاف ما تقدم، فإنه ينافيه، لقصده التأقيت والله أعلم.

قال: وكذلك إذا شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله.

ش: يعني فإذا أحلها طلقها، وهذا هو نكاح التحليل، والمذهب المنصوص والمختار بلا نزاع بطلانه.

٢٥٦٦ ـ لما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال: لعن رسول الله ﷺ المحلل

والمحلل له[1]. رواه أحمد والنسائي، والترمذي وصححه.

٢٥٦٧ ـ وللخمسة إلا النسائي عن علي مثله.

٢٥٦٨ ـ ولأحمد عن أبي هريرة مثله.

٢٥٦٩ ـ ولابن ماجه[2] عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟» قالوا: بلى يا رسول الله. قال: «هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له» فلعن رسول الله ﷺ على ذلك، ولا يلعن على فعل جائز، فدل ذلك على تحريمه، وفساده وتسميته محللاً لقصده الحل في موضع لا يحصل فيه الحل.

٢٥٦٩ م ـ كما قال النبي ﷺ: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه»[3] وقال تعالى: ﴿يُحِلُّونَهُۥ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُۥ عَامًا﴾ [التوبة: ٣٧].

٢٥٧٠ ـ وعن قبيصة بن جابر: سمعت عمر يخطب الناس وهو يقول: والله إني لا أوتى بمحلل ولا بمحلل له إلا رجمتهما. رواه الأثرم.

٢٥٧١ ـ وسئل ابن عباس عن ذلك فقال: من يخدع الله يخدعه.

٢٥٧٢ ـ وعن ابن عمر رضي الله عنهما: لا يزالا زانيين وإن مكثا عشرين سنة، قال: وإن كنا لنعده على عهد رسول الله ﷺ سفاحاً.

وخرج القاضي وأبو الخطاب رواية ببطلان الشرط، وصحة العقد، من مسألة اشتراط الخيار، وكذلك ابن عقيل، لكنه خرجها من الشروط الفاسدة.

فعلى الأولى ـ وهو المذهب بلا ريب ـ لو نوى ذلك الزوج بقلبه، فهو كما لو شرطه بلسانه، نص عليه أحمد وعليه الأصحاب، لدخوله في عموم: «لعن الله المحلل والمحلل له» الحديث.

٢٥٧٣ ـ ويؤيده ما روى ابن شاهين في غرائب السنن، عن النبي ﷺ أنه سئل عن نكاح المحلل، فقال: «لا نكاح إلا نكاح رغبة، لا نكاح دلسة» ونقل حرب عن أحمد: إذا تزوج امرأة وفي نفسه طلاقها؟ فكرهه، فأخذ من ذلك الشريف وأبو الخطاب ومن تبعهما رواية بالصحة مع الكراهة، وهو مقتضى قول شيخهما، ومنع ذلك أبو العباس، إذ رواية حرب في من نوى الطلاق، وذلك إنما يكون في من له رغبة في النكاح والمحلل لا رغبة له في النكاح أصلاً، ومن هنا قال القاضي وأصحابه ـ كالشريف، وأبي الخطاب، والشيرازي وغيرهم ـ: إنه إذا نوى التطليق في وقت بعينه،

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٠٧٦، والترمذي ١١٢٨، والنسائي ٦/ ١٤٩، وابن ماجه حديث ١٩٣٥، وأحمد ١/ ٨٣، ٨٧، ٨٨، ٤٤٨، ٤٦٢.

(٢) سنن ابن ماجه حديث ١٩٣٦.

(٣) أخرجه الترمذي ٣٠٨٥.

هو كنية التحليل. ونص أحمد يشهد لهم كما تقدم.

وإطلاق كلام الخرقي يشمل ما إذا شرط التحليل حال العقد أو قبله، ولم يرجع عنه، وهذا ينبني على أن الشرط السابق كالمقارن، إلا أن هنا النية كافية في المنع، فغايته أنها أكدت بالشرط السابق، نعم لو شرط قبل العقد، ثم نوى في العقد نكاح الرغبة، فأبو محمد يصحح هذا.

٢٥٧٤ ـ ويحمل عليه حديث ذي الرقعتين، فإنه يروى عنه أنه أحل امرأة لزوجها، وبلغ ذلك عمر فلم ينكره، وأبو العباس يقول: إن الشرط المتقدم كالمقارن، فالشرط والحال هذه لا يلزم معه العقد.

وأما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد: ليس له إسناد. وأبو عبيد أجاب بجوابين (أحدهما) أنه مرسل، فأين هو من الذين سمعوه يخطب على المنبر: لا أوتى بمحلل ولا بمحلل له إلا رجمتها، (والثاني) كقول أبي محمد، والله أعلم.

قال: وإذا عقد المحرم نكاحاً لنفسه أو لغيره، أو عقد أحد نكاحاً لمحرم، أو على محرمة فالنكاح فاسد.

ش: لا يصح أن يعقد المحرم نكاحاً لنفسه. بلا نزاع نعلمه عندنا.

٢٥٧٥ ـ لما روى عثمان بن عفان رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ينكح المحرم ولا ينكح» وفي رواية «ولا يخطب»[١] رواه الجماعة إلا البخاري (فإن قيل):

٢٥٧٦ ـ وقد روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم[٢]، رواه البخاري، وأبو داود والترمذي، والنسائي، وإذاً فيحمل نهيه على الكراهة، جمعاً بين الدليلين.

٢٥٧٧ ـ قيل: هذا معارض بما روى يزيد بن الأصم، عن ميمونة رضي الله عنهما، قالت: تزوجني رسول الله ﷺ ونحن حلالان بسرف[٣]؛ رواه مسلم، وأبو داود، والترمذي.

٢٥٧٨ ـ وعن أبي رافع قال: تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو حلال، وبنى بها وهو حلال، وكنت أنا الرسول بينهما[٤]. رواه أحمد والترمذي وحسنه، وإذا تعارضت الروايتان طلب الترجيح، ولا ريب أن من روى أنه تزوجها وهو حلال، يترجح بأمور

(١) أخرجه مسلم ٩/ ١٩٣، وأبو داود حديث ١٨٤١، والنسائي ٦/ ٨٨، وابن ماجه حديث ١٩٦٦، وأحمد ١/ ٥٧، ٦٤، ٦٩.
(٢) أخرجه البخاري حديث ١٨٣٧، ٥١١٤، وأبو داود حديث ١٨٤٤.
(٣) أخرجه مسلم ٩/ ١٦٩، وأبو داود حديث ١٨٤٣، وأحمد ٦/ ٣٣٢، ٣٣٣.
(٤) أخرجه الترمذي ٨٤٣، وأحمد ٦/ ٣٩٢،

(أحدها) بكثرة رواته، قال أبو عمر النمري: الرواية أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال، متواترة عن ميمونة، وعن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ وعن سليمان بن يسار مولاها، وعن يزيد بن الأصم وهو ابن أختها انتهى، ولا ريب أن الحمل على الفرد، أولى من الحمل على الجماعة.

٢٥٧٩ ـ وقد قال أبو داود: قال سعيد بن المسيب: وهم ابن عباس رضي الله عنهما، وقال أحمد في رواية أبي الحارث: هذا الحديث خطأ، يعني حديث ابن عباس (الثاني) أن ميمونة هي صاحبة القصة، وأبا رافع هو الرسول بينهما، ولا يخفى أنهما أعرف وأخبر بالواقعة من غيرهما، وقد أشار أحمد إلى وذلك في رواية المروذي، لا سيما وابن عباس رضي الله عنه صغير، لا يحضر مثله الوقائع، فلعله روى عن غيره.

٢٥٨٠ ـ مع أنه قد قيل: إن من مذهب ابن عباس رضي الله عنهما أن من قلد الهدي صار محرماً، فلعله رأى النبي ﷺ قلد الهدي، فاعتقد أنه محرم (الثالث) أن رواية ميمونة توافق رواية عثمان بن عفان رضي الله عنه، وعمل الصحابة رضي الله عنه، وعمل الصحابة رضي الله عنهم.

٢٥٨١ ـ فعن عمر رضي الله عنه أنه فرق في ذلك، رواه مالك الموطأ.

٢٥٨٢ ـ وعن ابنه رضي الله عنه أنه نهى عن ذلك وقال: إن رسول الله ﷺ نهى عن ذلك. رواه أحمد(١)، وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه (الرابع) أنه متى تعارض دليلا الحظر والإباحة كان دليل الحظر مقدماً، ثم لو قدر التعارض في فعله، فيسلم نهيه في رواية عثمان وابن عمر رضي الله عنهم، ثم لو سلم ترجيح رواية ابن عباس رضي الله عنهما فهي فعله، وذاك قوله، والقول مقدم على الفعل، لا سيما وهو قد اختص في النكاح بخصائص لم يشاركه فيها غيره، فلعل هذا منها، ثم لو سلم عدم الاختصاص فلعل فعله ﷺ وارد على مباح الأصل، ولا يلزم نسخ قوله، ودعوى أن المراد بالنهي الكراهة مخالف لظاهر النهي، ولعمل الصحابة، ويلزم منه أنه ﷺ يفعل المكروه، ولا يقال فعله لتبيين الجواز، لأنا نقول تبيينه ﷺ بقوله، ولا يقال: المراد بلا ينكح لا يطأ، ولا ينكح لا يمكن من الوطء، لأنا نقول: غالباً استعمال الشرع للعقد، فيحمل عليه، مع أن قوله في الحديث «ولا يخطب» قرينة على ذلك.

٢٥٨٣ ـ ثم في الدارقطني(٢) عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يتزوج المحرم ولا يزوج» وهذا نص ويؤيده أن الصحابة فهمت ذلك.

٢٥٨٤ ـ ففي الموطأ(٣) عن أبي غطفان المري أن أباه طريفاً تزوج امرأة وهو

---

(١) المسند ٢/ ١١٥.
(٢) سنن الدارقطني ٣/ ٢٦١.
(٣) الموطأ ١/ ٣٢١.

محرم، فرد عمر رضي الله عنه نكاحه.

٢٥٨٥ ـ وعن علي رضي الله عنه أنه قال: من تزوج وهو محرم نزعناها منه، ولم نجز نكاحه.

٢٥٨٦ ـ وعن مولى زيد بن ثابت أنه تزوج وهو محرم، ففرق زيد رضي الله عنه بينهما، رواهما أبو بكر النيسابوري. والله أعلم.

وهل له أن ينكح لغيره، كما إذا كان ولياً أو وكيلاً في النكاح؟ فيه روايتان، أشهرهما لا، لعموم الحديث (والثانية) نعم، اختارها أبو بكر، كما لو حلق المحرم رأس حلال ونحوه، وقيل: إن أصل هذه الرواية من قول أحمد: إن زوج المحرم لم أفسخ النكاح. وقيل: هذا لا يثبت به رواية، لاحتمال أنه منع الفسخ للاختلاف فيه، ولهذا قال هو والإمام مالك رضي الله عنهما: لا ينبغي للفقيه أن يحمل الناس على مذهبه. انتهى.

فعلى المذهب إذا أحرم الإمام الأعظم منع من تزويج أقاربه، وهل يمنع من التزويج بالولاية العامة؟ فيه احتمالان، (المنع) نظراً للعموم، فعلى هذا يزوج خلفاؤه، قاله القاضي، دفعاً للحرج، ولأنهم لا ينعزلون بموته على الأشهر (والجواز) واختاره ابن عقيل، لأن ولاية الحكم يجوز فيها ما لا يجوز بولاية النسب، بدليل الكافرة يزوجها الإمام، لا وليها المناسب المسلم، واعلم أن القاضي قال: إنه لا يعرف الرواية عن أصحابنا في هذا الفرع، إذ إحرامه بالنسبة إلى النكاح كموته، انتهى، وإذا عقد أحد سواء كان حلالاً أو محرماً نكاحاً لمحرم، أو على محرمة، فالنكاح فاسد، لأنه يصدق على المحرم أنه نكح وتزوج، فيدخل في الحديث.

وقد خرج من كلام الخرقي ما إذا وكل المحرم حلالاً، فلم يعقد له النكاح حتى حل أنه يصح، ودخل في كلامه ما إذا وكله وهو حلال، فلم يعقد له حتى أحرم أن النكاح لا يصح، وهو صحيح، صرح به أبو محمد، فالاعتبار بحال العقد وهو المشهور، والله أعلم.

قال: وأي الزوجين وجد بصاحبه جنوناً أو جذاماً، أو برصاً أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء، أو فتقاء، أو الرجل مجبوباً، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح.

ش: أما ثبوت الخيار بالجنون والجذام والبرص لكل من الزوجين.

٢٥٨٧ ـ فلما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: أيما امرأة غرّ بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها، وصداق الرجل على من غره[1]، رواه مالك في الموطأ والدارقطني، وفي لفظ للدارقطني[2] قضى عمر في البرصاء،

(١) أخرجه مالك ٢/ ٦٣، والدارقطني ٣/ ٢٦٦.
(٢) سنن الدارقطني ٣/ ٢٦٧.

والجذماء، والمجنونة، إذا دخل بها فرق بينهما، ولها الصداق بمسيسه إياها وهوله عليها.

٢٥٨٨ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: أربع لا يجري في بيع ولا نكاح، المجنونة، والمجذومة، والبرصاء، والقلفاء، رواه الدارقطني[١].

٢٥٨٩ ـ وفي المسند[٢] عن كعب بن زيد أو زيد بن كعب أن رسول الله ﷺ تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها ووضع ثوبه، وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضاً، فانحاز عن الفراش، ثم قال: «خذي عليك ثيابك» ولم يأخذ مما آتاها شيئاً، ورواه سعيد في سننه عن زيد بن كعب بن عجرة، ولم يشك، ورده ﷺ لها فسخ للنكاح، لا يقال: يحتمل أنه طلقها أو كنى بالرد عن الطلاق، لأنا نقول: لم ينقل في الحديث طلاق، والرد صريح في الفسخ، فالحمل عليه أولى، وإذا ثبت هذا في أحد الزوجين ثبت في الآخر، والمعنى في ذلك أن الجنون تنفر النفس منه، وتخاف جنايته، والجذام والبرص يخشى تعديهما إلى الولد وإلى النفس، ويثيران نفرة تمنع القربان، وأما ثبوت الخيار للرجل إذا كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء، فلأن ذلك يمنع معظم المعقود عليه في النكاح، وهو الاستمتاع فأثبت الخيار كالعنة، إذ المرأة أحد الزوجين، فيثبت الخيار بالعيب فيها كالرجل، وأما ثبوت الخيار للمرأة إذا كان الرجل مجبوباً، فلأن ذلك يمنع المقصود من النكاح وهو الاستمتاع، أشبه العنة بل أولى للإياس من زواله، بخلاف العنة، ودليل الأصل قول الصحابة رضوان الله عليهم.

وقد دخل في كلام الخرقي ما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله، كأن كان مجذوماً وهي جذماء ونحوه، وهو أحد الوجهين، نظراً إلى أن الإنسان يعاف عيب غيره، ولا يعاف عيب نفسه (والثاني) لا يثبت خيار والحال هذه، لتساويهما، ويدخل في كلامه أيضاً ما إذا حدث العيب بعد العقد، وكذا حكاه عنه القاضي، معتمداً على قوله بعد: فإن جب بعد الدخول فلها الخيار في وقتها، وهذا اختيار القاضي في تعليقه الجديد، والشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، لأنه معنى يثبت به الخيار مقارناً، فيثبت به طارئاً، كالإعسار بالنفقة وكالرق، واختار أبو بكر في الخلاف، وابن حامد، والقاضي في التعليق القديم، والمجرد، وابن البنا أن الخيار لا يثبت والحال هذه، لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد، فلم يثبت الخيار، كالحادث بالمبيع المعين بعد البيع، وفرق بأن النكاح يستوفى شيئاً فشيئاً، فهو في معنى الإجارة، بخلاف المبيع.

---

(١) سنن الدارقطني ٣/ ٢٦٧.
(٢) المسند ٣/ ٤٩٣.

وظاهر كلام الخرقي أن الخيار لا يثبت بغير هذه، فلا يثبت بالبخر في الفم، ولا في الفرج، ولا بالقروح السيالة في الفرج، ولا بالباسور ولا بالناصور، ولا بالاستحاضة، ولا باستطلاق البول أو النجو، ولا بالخصاء، وهو قطع الخصيتين، ولا بالوجاء وهو رضهما، ولا بالسل وهو سلهما، ولا بكون أحدهما خنثى غير مشكل، وهو أحد الوجهين في الجميع، ولا يثبت الخيار بما عدا ذلك كالعمى، والعرج، وقطع اليد، أو الرجل، وكون المرأة نضوة الخلق يخاف عليها الجناية بالجماع، وكون الذكر كبيراً والفرج صغيراً ونحو ذلك، على المذهب بلا ريب، واختار ابن عقيل ثبوت الخيار بنضو الخلق كالرتق، واختار ابن حمدان في كبر الذكر وصغر الفرج ثبوت الخيار، وعن أبي البقاء العكبري ثبوت الخيار بكل عيب يرد به في البيع وهو غريب.

(تنبيهان) أحدهما (الجنون) معروف وهو زوال العقل، ولا فرق فيه بين المطبق أي الدائم، والخانق أي الذي يخنق في وقت دون وقت، فإن زال العقل بمرض فهو إغماء، لا يثبت به خيار، فإن دام بعد المرض فهو جنون، (والجذام والبرص) داآن معروفان، نسأل الله العافية منهما ومن كل داء، فإن ظهر أمرهما فواضح، وإن أشكل كأن يتفرق شعر الحاجب، أو يكون به بياض يحتمل أنه برص أو بهق، فمع الاتفاق من الزوجين لا كلام، ومع الاختلاف القول قول المنكر، نظراً للأصل، فإن أقام المدعي بما ادعاه شاهدين حكم بذلك، وخرج قبول واحد كالموضحة، فإن أقام كل منهما بينة بدعواه تعارضتا ولا فسخ، (والجب) القطع، والحكم هنا مرتب على قطع الذكر، أو على قطع بعضه بحيث لا يمكن الجماع بالباقي (والرتق) بفتح الراء والتاء مصدر رتقت بكسر التاء، ترتق رتقاً، بفتح التاء فيهما ـ التحام الفرج، قاله الجوهري (والقرن) مصدر قرنت المرأة بكسر الراء تقرن قرناً بفتحها فيهما، إذا كان في فرجها قرن بسكون الراء، وهو عظم أو غدة تمنع من ولوج الذكر، (والعفل) نتنة تخرج في فرج المرأة وحيا الناقة شبيه بالأدرة التي للرجال في الخصية، والقاضي في الخلاف جعل هذه الثلاثة لحماً ينبت في الفرج، وفي المجرد جعل الرتق السد، والقرن والعفل اللحم، وتبعه على ذلك أبو الخطاب وابن عقيل، وأبو حفص فسر العفل برغوة في الفرج كزبد البعير، وإذاً في ثبوت الخيار به وجهان (والفتق) انخراق ما بين السبيلين، وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمني، وإذاً في ثبوت الخيار به وجهان.

(الثاني) يفتقر الفسخ في هذه إلى حكم حاكم، لأنه أمر مختلف فيه، فاحتاج إلى حاكم، كالفسخ للإعسار بالنفقة، وفارق خيار المعتقة، للاتفاق عليه، ولا يرد خيار المعتقة بعد ثلاث، والمعتقة تحت حر، وخيارات البيع، فإنها وإن اختلف فيها فإن أصلها متفق عليه، والمراد بحكم الحاكم أن يحكم بالفسخ، أو يأذن فيه أو يفسخ، ولا يختار إلا بطلب من له الفسخ، وحيث يقع الفسخ كان فسخاً وليس بطلاق، نص عليه، والله أعلم.

قال: وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر.

ش: سواء كان الفاسخ الزوج أو المرأة، لأنها إن كانت هي الفاسخة فالفرقة من جهتها، أشبه ما لو أرضعت زوجة له أخرى، وإن كان هو الفاسخ فهو بسببها، إذ هو لعيبها، فإن قيل: فهلا جعل فسخها لعيبه كأنه منه، لأنه بسببه؟ قيل: أجاب عنه أبو محمد بأن العوض من الزوج في مقابلة بضعها، فإذا اختارت الفسخ مع سلامة المعقود عليه رجع العوض إلى العاقد، وليس من جهتها عوض في مقابلة بضع الزوج، وإنما يثبت لها الخيار دفعاً للضرر اللاحق بها، لا لتعذر ما استحقت في مقابلته عوضاً، والله أعلم.

قال: فإن كان بعده وادعى أنه ما علم وحلف، كان له أن يفسخ، وعليه المهر يرجع به على من غره.

ش: شرط ثبوت الخيار فيما تقدم من العيوب أن لا يعلم بها وقت العقد، ولا بعده ويرضى، أما إن علم بها وقت العقد، أو بعده فرضي، أو وجد منه ما يدل على الرضى فلا خيار له، لأنه قد دخل على بصيرة، أو أسقط حقه، أشبه مشتري المعيب إذا علم بالعيب وقت البيع، أو بعده فرضي، فعلى هذا إن تصادقا على عدم العلم بالعيب، وأنكرته المرأة فالقول قوله، إذ الأصل عدم العلم، وعليه اليمين، لأن ما ادعي عليه محتمل، ولا فرق في ذلك كله بين قبل الدخول وبعده، وإن كان كلام الخرقي رحمه الله يوهم خلاف ذلك، وإذا تقرر هذا وفسخ بعد الدخول كان عليه المهر بما استحل من فرجها.

وظاهر كلام الخرقي أنه المسمى لتعريفه المهر، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار الشيخين وغيرهما، لظاهر ما تقدم عن عمر رضي الله عنه وعليه اعتمد أحمد، قال: إذا تزوجها جذماء برصاء مجنونة أو بكراً فخرجت ثيباً، يقول عمر: يلزمهم المهر الذي أعطاهم (والرواية الأخرى) الواجب مهر المثل، إذ الزوج إنما بذل المسمى مع تمام النكاح، فإذا فسخ لم يرض ببذل جميعه والمرأة إنما رضيت بالمسمى لرجل سليم، وإذا فات الرضى رجع إلى مهر المثل، وبنى القاضي في المجرد، وابن عقيل في الفصول هاتين الروايتين على الروايتين في النكاح الفاسد، هل الواجب فيه المسمى أو مهر المثل؟ لأن الفسخ لمعنى قارن العقد، فإنه لم ينعقد، وقيد أبو البركات رواية مهر المثل بما إذا كان الفاسخ الزوج، لشرط أو عيب قديم، لأنه إنما رضي بالمسمى في مقابلة عين صحيحة، أو بشرط وقد فات ذلك، فيفوت الرضى بالمسمى، وإذاً يرجع إلى مهر المثل، أما إن حدث العيب بها بعد العقد فالمسيس قابل عيناً صحيحة فيجب، وكذلك إن كانت هي الفاسخة لعيب فيه، أو لفوات شرط، لأن ما بذل فيه المسمى قد وجد فيستقر، لكن قد يقال: ينبغي أن يجب لها مهر المثل إن كان أزيد، إذ رضاها منوط بالشرط وبسليم، وقد يجاب بأن مهر المثل لا يختلف بخلقة الرجل

وصفاته، وفيه شيء، ومن رأينا كلامه من الأصحاب على إطلاق هذه الرواية، ولهذا جعل ابن حمدان تقييد المجد قولاً.

وفي المذهب (قول ثالث) في أصل المسألة في الزوج إذا اطلع على عيب، أو فاته شرط، ينسب قدر نقص مهر المثل لأجل العيب أو الشرط، إلى مهر المثل كاملاً، فيحط عنه من المسمى بنسبة النقص إلى المهرين، سواء فسخ أو أمضى، وهو قياس البيع، مثاله أن يقال: كم مهر هذه بهذا العيب أو مع هذا الشرط؟ فيقال: ثمانون مثلاً. وبلا عيب ولا شرط مائة، فنسبة ما بينهما الخمس، فيرجع من المسمى بالخمس، وهذا قول ابن عقيل وأبي بكر، قالاه فيما إذا شرطها بكراً فبانت ثيباً، ووافق أبو بكر الأصحاب في أن الواجب المسمى في الفسخ لعيبها، وإذاً (هذا قول رابع) انتهى.

ويرجع الزوج بما غرمه على من غره على المشهور المختار من الروايتين، لما تقدم عن عمر رضي الله عنه.

٢٥٩٠ ـ (والرواية الثانية) لا يرجع بشيء، اختارها أبو بكر في الخلاف، وهو قول علي رضي الله عنه، وذلك لأنه ضمن ما استوفى بدله، فلم يرجع به على غيره، كالمبيع المعيب، إذا أكله ثم علم عيبه، وقد روي عن أحمد أنه رجع عن هذه الرواية، قال في رواية ابن الحكم: كنت أذهب إلى قول علي رضي الله عنه، ثم هبته فملت إلى قول عمر رضي الله عنه، قال عمر: إذا تزوجها فرأى جذاماً أو برصاً فلها المهر بمسيسه، ووليها ضامن للصداق

وقول الخرقي يشمل الولي والوكيل والمرأة، وصرح به غيره فعلى هذا أيهم انفرد بالغرور ضمن، فلو أنكر الولي علمه بذلك ولا بينة فثلاثة أوجه، (أحدها) القول قوله مع يمينه، اختاره أبو محمد، إذ الأصل عدم علمه بذلك (والثاني) القول قول الزوج إلا في عيوب الفرج، إذ الظاهر أن الولي لا يخفى عليه ذلك أما عيوب الفرج فلا اطلاع له عليها و (الثالث) إن كان مما يخفى عليه أمرها كأباعد العصبات فكالأول، وإلا فكالثاني، قاله القاضي وابن عقيل، أما الوكيل فينبغي أن يكون القول قوله بلا خلاف.

وشرط تضمين المرأة أن تكون عاقلة، قاله ابن عقيل، ليوجد قصد الغرور منها وشرط مع ذلك أبو عبد الله ابن تيمية بلوغها، ليوجد تغرير محرم، فعلى هذا حكمها إذا ادعت عدم العلم بعيب نفسها واحتمل ذلك، حكم الولي على ما تقدم، ولو وجد الغرور من المرأة والولي فالضمان على الولي، على مقتضى قول القاضي وابن عقيل وأبي محمد وغيرهم، لأنه المباشر، وقال أبو محمد فيما إذا كان الغرور من المرأة والوكيل الضمان عليهما نصفان، فيكون في كل من الولي والوكيل قولان، والله أعلم.

قال: ولا سكنى لها ولا نفقة، لأن السكنى والنفقة لمن يجب لزوجها عليها الرجعة.

ش: لا نفقة للمفسوخ نكاحها، لأنها بائن، أشبهت البائن بطلاق ثلاث، وهو قسم من أقسام البائن فلا نفقة لها ولا سكنى لها على المشهور، هذا إن كانت حائلاً، فإن كانت حاملاً فلها النفقة عند أبي محمد، لأنها بائن من نكاح صحيح في حال حملها، أشبهت المختلعة، وفي السكنى روايتان، وقال القاضي وابن عقيل إن قلنا: إن النفقة للحمل، وجبت لها، وإن قلنا لها من أجله لم تجب، كالمعتدة من نكاح فاسد، ولعل هذا أوفق لقول الخرقي، لأنه هنا لم يستثن الحامل، وثم استثناها، وأصل ذلك والدليل عليه يأتي إن شاء الله في النفقات، والله أعلم.

قال: وإذا أعتقت الأمة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح.

ش: هذا إجماع، حكاه ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما.

٢٥٩١ ـ وقد قالت عائشة رضي الله عنها: كان في بريرة ثلاث سنن، خيرت على زوجها حين عتقت[١]. مختصر، متفق عليه.

٢٥٩٢ ـ وعن القاسم بن محمد، عن عائشة رضي الله عنها أن بريرة خيرها النبي ﷺ، وكان زوجها عبداً[٢]. رواه مسلم وأبو داود، والنسائي.

٢٥٩٣ ـ وعن عروة عن عائشة في قصة بريرة قالت: كان زوجها عبداً، فخيرها رسول الله ﷺ، فاختارت نفسها، ولو كان حراً لم يخيرها[٣]. رواه مسلم، وأبو داود والترمذي، والنسائي.

٢٥٩٤ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن زوج بريرة كان عبداً أسود، يسمى مغيثاً، فخيرها يعني النبي ﷺ وأمرها أن تعتد[٤]. رواه أبو داود، والترمذي والنسائي والبخاري مختصراً.

ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا عتقت وزوجها حر فلا خيار لها، وهو المذهب المنصوص والمختار بلا ريب، لما تقدم، إذ الأصل لزوم النكاح إلا حيث قام الدليل على جوازه، ونقل عن أحمد فيمن زوج أم ولده ثم مات فقد عتقت وتخير، فأخذ من ذلك أبو الخطاب رواية بثبوت الخيار لمن زوجها حر، لإطلاق أحمد.

٢٥٩٥ ـ وذلك لما روى الأسود عن عائشة رضي الله عنها أن زوج بريرة كان حراً حين أعتقت، وأنها خيرت فقالت: ما أحب أن أكون معه، وإن كان لي كذا

(١) أخرجه البخاري حديث ٥٢٧٩، ومسلم ١٠/١٤٦.
(٢) أخرجه مسلم ١٠/١٤٦، وأبو داود حديث ٢٢٣٤، والنسائي ٦/١٦٥، وابن ماجه حديث ٢٠٧٦، وأحمد ٦/١١٥.
(٣) أخرجه مسلم ١٠/١٤٧، وأبو داود حديث ٢٢٣٣، والنسائي ٦/١٦٤.
(٤) أخرجه البخاري حديث ٥٢٨٠، وأبو داود حديث ٢٢٣١، والنسائي ٨/٢٤٥، وأحمد ١/٢٨١.

وكذا[١]. رواه الجماعة إلا مسلماً، وتحمل رواية العبدية على أنه كان عبداً، جمعاً بينهما، ورجح الأول بأمور (أحدها) بأن قوله: كان حراً. هو من قول الأسود، وقع مدرجاً في الحديث، كذا جاء مفسراً.

٢٥٩٦ ـ فروى ابن المنذر عن إبراهيم أنه قال: فقال الأسود: وكان زوجها حراً. وقال البخاري: قول الأسود منقطع.

٢٥٩٧ ـ (الثاني) أنه قد روي عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها أن زوجها كان عبداً، فإذاً تتعارض روايتا الأسود، وتسلم رواية غيره (الثالث) لو سلم اتصال رواية الحرية وترجيحها، فقد عارضها رواية الجم الغفير عن عائشة رضي الله عنها أنه كان عبداً.

٢٥٩٨ ـ فروى القاسم بن محمد، وعروة بن الزبير، ومجاهد، وعمرة بنت عبد الرحمن، كلهم عن عائشة رضي الله عنها أنه كان عبدا، والقاسم هو ابن أخي عائشة رضي الله عنها وعروة هو ابن أختها، وكانا يدخلان عليها بلا حجاب، وعمرة كانت في حجرها، ولا ريب أن رواية الجم الغفير الخصيص، أولى من الفرد البعيد.

٢٥٩٩ ـ قال إبراهيم بن أبي طالب خالف الأسود الناس في زوج بريرة، فقال: إنه حر، وقال الناس: إنه عبد.

٢٦٠٠ ـ ويؤيد هذا أن مذهب عائشة أنه لا يثبت الخيار تحت الحر، ثم لو قدر تساوي روايته لرواية غيره فتتعارض روايتا عائشة رضي الله عنها، وتسلم رواية ابن عباس رضي الله عنه، ودعوى أنه كان عبداً مجاز، والأصل الحقيقة.

٢٦٠١ ـ مع أنه قد روى الإمام أحمد في المسند[٢] عن القاسم عن عائشة رضي الله عنها أنها بريرة كانت تحت عبد، فلما أعتقتها قال لها رسول الله ﷺ: «اختاري، فإن شئت أن تمكثي تحت هذا العبد، وإن شئت أن تفارقيه» قال بعض الحفاظ: وإسناده جيد. وهذا تصريح بعبوديته في الحال.

ومفهوم كلام الخرقي أيضاً أنهما إذا عتقا معاً أنه لا خيار لها أيضاً، وهو إحدى الروايتين، واختيار أبي بكر والشيخين وغيرهما، وقال القاضي في بعض كتبه: إنها قياس المذهب، لنص أحمد على أن عتقه قبل اختيارها يسقط خيارها، فأولى أن لا يثبت لها إذا عتقا معاً وذلك لأن السبب المقتضي للفسخ قارنه ما يقتضي إلغاءه، وهو حرية الزوج، فمنع إعماله (والرواية الثانية) ـ وهي أنصهما، وصححها القاضي في الروايتين ـ يثبت لها الخيار، لأنها كملت بالحرية تحت من لم تسبق له حرية، فملكت

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٦٧٥١، وأبو داود حديث ٢٢٣٥، والنسائي ٦/ ١٦٣، وابن ماجه حديث ١٠٧٤، وأحمد ٦/ ١٧٠.

(٢) المسند ٦/ ١٨٠.

الفسخ، كما لو عتقت قبل الزوج.

٢٦٠٢ - وقد روى أبو داود والنسائي عن عائشة رضي الله عنها، أنها أرادت أن تعتق مملوكين لها زوجين، قال: فسألت النبي، فأمرها أن تبدأ بالرجل قبل المرأة[١]، والظاهر أن ذلك حذاراً من ثبوت الخيار لها بعتقهما معاً، وأجيب بأن الأمر بذلك خشية أن تبدأ بعتق المرأة.

(تنبيه) ولا يفتقر الفسخ هنا إلى حكم حاكم، لأنه مجمع عليه، والله أعلم.

قال: فإن أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها، علمت أن لها الخيار أو لم تعلم.

ش: أما بطلان خيارها بعتقه قبل أن تختار فلأن الخيار لدفع الضرر بالرق، وقد زال فيسقط كالمبيع إذا زال عيبه وكما لو تزوجته وبه جنون ونحوه، فزال قبل أن تختار، وقيل: إنه وقع للقاضي وابن عقيل ما يقتضي أنه لا يسقط، كما لو عتقا معاً، والأول المذهب المصرح به عند القاضي وغيره، وعليه لو أعتق بعضه فالخيار بحاله، كما هو مقتضى كلام الخرقي.

٢٦٠٣ - وأما بطلان خيارها بوطئها في الجملة فلما روت عائشة رضي الله عنها أن بريرة رضي الله عنها أعتقت وهي عند مغيث، عبد لآل أحمد، فخيرها رسول الله ﷺ، وقال لها: «إن قربك فلا خيار لك» رواه أبو داود[٢]، ولا فرق في بطلان خيارها بالوطء بين أن تعلم أن لها الخيار أو لم تعلم، وهو أنص الروايتين، واختيار الخرقي، وابن أبي موسى، والقاضي في الجامع والمجرد، لعموم الحديث، ولأن الجهل بالأحكام لا يعذر به، إذ يلزمه السؤال والتعلم. (والرواية الثانية): لا يبطل خيارها والحال هذه، حكاها أبو محمد في المغني عن القاضي وأصحابه، وفي الكافي عن القاضي وأبي الخطاب، إذ بطلان الخيار يعتمد الرضى، ومع عدم العلم بثبوت الخيار لا رضى، فعلى هذا تقبل دعواها الجهل، قاله أبو محمد، إذ لا يعرف ذلك إلا الخواص، وقيده ابن عقيل بأن يكون مثلها يجهله، أما المتفقهة فلا تقبل دعواها، وحكم مباشرته لها حكم وطئها، وكذلك تقبيلها له، إذ مناط المسألة ما يدل على الرضى.

(تنبيه) تقبل دعواها الجهل بالعتق فيما إذا وطئها، نظراً للأصل وهو عدم العلم، وإذاً لا رضى، فالخيار بحاله، هذا هو المذهب المشهور المختار لعامة الأصحاب، وعن القاضي في الجامع الكبير: يبطل خيارها، لعموم الحديث، فعلى الأول شرط القبول أن يكون مما يخفى عليها، كأن يكون العتق في غير بلدها ونحو ذلك، أما إن

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٣٧، والنسائي ٦/ ١٦١، وابن ماجه حديث ٢٥٣٢.
(٢) سنن أبي داود حديث ٢٢٣٦.

كان في بلدها ولا يخفى عليها لاشتهاره، أو لكونه في داره ونحو ذلك، لم يقبل قولها، لأن قرينة الحال تكذبها، انتهى ولم يعتبر الأصحاب العلم بأن الوطء مبطل، فلو علمت العتق وعلمت ثبوت الخيار به، ومكنت جاهلة بحكم الوطء، بطل خيارها والله أعلم.

قال: وإن كانت لنفسين فأعتق أحدهما فلا خيار لها إذا كان المعتق معسراً.

ش: إذا كانت الأمة لنفسين، فأعتق أحدهما نصيبه وهو معسر، فلا خيار لها، على المختار من الروايتين، اختارها ابن أبي موسى والقاضي وأبو محمد وغيرهم، لأنه لا نص فيها، ولا يصح قياسها على المنصوص، لأن كاملة الحرية أكمل من ناقصتها، وعلله أحمد بأن النكاح صحيح، فلا يفسخ بالمختلف، (والرواية الثانية) لها الخيار، اختارها أبو بكر في الخلاف، لأنها قد صارت أكمل منه، فيثبت لها الخيار، كما لو عتق جميعها، وقوله: إذا كان معسراً. يحترز عما إذا كان موسراً، فإن العتق يسري، ويثبت لها الخيار بلا ريب، وقد علم من هذا أن هذا الخلاف على قولنا بعدم الاستسعاء، أما إن قلنا به، وأن العتق يتنجز فيثبت لها الخيار، والله أعلم.

قال: وإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد.

ش: أما قبل الدخول فلأنه قد وجب للسيد بالعقد، ولم يوجد له مسقط، وكذلك بعد الدخول بل أولى، لاستقراره بذلك، والله أعلم.

قال: وإن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر.

ش: هذا إحدى الروايتين، واختيار أبي محمد وغيره، نظراً إلى أن الفرقة جاءت من جهتها، أشبه ما لو ارتدت (والثانية): يجب لسيدها نصف المهر، اختارها أبو بكر، نظراً إلى أن المهر وجب للسيد، فلا يسقط بفعل غيره، وأجاب أبو محمد بأنه وإن وجب له لكن بواسطتها، ويرد بالأمة الزانية على المذهب، وقيل عنه: يجب كله. وبعد، انتهى، فلو كانت مفوضة فلا متعة على الأول، وعلى الثاني تجب للسيد، والله أعلم.

قال: وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد.

ش: إذا اختارت الفسخ بعد الدخول فالمهر للسيد، لما تقدم من استقرار المهر بالدخول، والله أعلم.

باب أجل العنين والخصي غير المجبوب

ش: العنين العاجز عند الوطء، وربما اشتهاه ولا يمكنه، مشتق من عن الشيء، إذا عرض، وقيل: الذي له ذكر لا ينتشر، والخصي من قطعت خصيتاه، وفي معناه الموجوء، وهو المرضوض والمسلول وهو الذي سلت بيضتاه، أما المجبوب فهو الذي

قطع ذكره، وقد تقدم حكمه.

قال: وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجل سنة منذ ترافعه إلى الحاكم فإن لم يصبها فيها خيرت في المقام معه أو فراقه، فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخاً بلا طلاق.

ش: إذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إلى جماعها، فإن اعترف الزوج بذلك أجل سنة على المذهب المنصوص، والمختار لعامة الأصحاب.

٢٦٠٤ ـ لما روي عن سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه أنه أجل العنين سنة[١].

٢٦٠٥ ـ وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: يؤجل سنة، فإن أتاها وإلا فرق بينهما. رواهما الدارقطني[٢].

٢٦٠٦ ـ وعن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه: العنين يؤجل سنة، ولأن عجزه عن الوصول إليها يحتمل أن يكون لمرض، فيضرب له سنة، لتمر عليه الفصول الأربعة، فإن كان من يبس زال في زمن الرطوبة، وإن كان من رطوبة زال في زمن الحرارة، وإن كان من انحراف مزاج زال في زمن الاعتدال، فإذا مضت الفصول ولم يزل علم أنه خلقة وجبلة، واختار أبو بكر البركات أنه لا يؤجل، ويفسخ في الحال، كالجب، ولأن المقتضي للفسخ قد وجد، وزواله محتمل، والأصل والظاهر عدمه، وإن لم يعترف الزوج بذلك، ولم يدع وطأ فهل القول قوله، قاله أبو الخطاب في الهداية، والقاضي في التعليق وفي غيره، لأنه منكر، لا سيما وقد عضده أن الأصل السلامة، أو القول قولها، فيؤجل بمجرد دعواها، وهو ظاهر قول الخرقي، ووقع للقاضي في التعليق في موضع آخر لأن الأصل عدم الوطء أو القول قوله إن كانت ثيباً، وإن كانت بكراً أجل بقولها، وهو الذي جزم به في المغني، لاعتضاد عدم الوطء بالبكارة، على ثلاثة أقوال، وعلى الأول يحلف على الصحيح من الوجهين، فإن نكل قضي عليه وأجل، وقيل: لا يحلف كمدعي الطلاق انتهى.

وحيث أجل فإن ابتداء التأجيل من حين رفعته إلى الحاكم، لأنها مدة مختلف فيها، فاحتيج في ضربها إلى الحاكم، بخلاف مدة الإيلاء، ثم إن أصابها في المدة المضروبة فقد تبينا أن لا عنة، وإن لم يصبها فيها خيرت بين المقام معه وبين فراقه، لقضاء الصحابة رضي الله عنهم بذلك، وكما لو امتنع الوطء من جهتها برتق ونحوه، لا يقال: الوطء حق للرجل دون المرأة، لأنا نقول: بل هو حق لهما، بدليل: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ٣/ ٣٠٥.
(٢) سنن الدارقطني ٣/ ٣٠٥.

ومن الإمساك بالمعروف الجماع.

٢٦٠٧ ـ ولا يرد حديث امرأة رفاعة رضي الله عنه حيث أخبرت النبي ﷺ بعنة زوجها[١]، ولم يجعل لها الفسخ، لأن ابن عبد البر قال: صح أن ذلك كان بعد طلاقه، فلا معنى لثبوت الفسخ لها على أنا لا نسلم عنته، بل كان ضعيف الجماع، ولهذا قال النبي ﷺ: «حتى تذوقي عسيلته»[٢]، وذوق الفراق رجع إلى الحاكم، للاختلاف فيه، فإما أن يفسخ باختيارها، وإما أن يرده إليها، فتفسخ، ويقع الفراق فسخاً لا طلاقاً.

وقول الخرقي: والخصي. ظاهره أن حكمه حكم العنين، وكذا ترجم القاضي في الجامع، فيجري فيه ما تقدم، قال أبو محمد: وقد قيل: إن وطأه أكثر من وطء غيره، وقوله: غير المجبوب. مقتضاه أن المجبوب لا يثبت فيه هذا الحكم، وقد تقدم له أن المجبوب يثبت لامرأته الفسخ في الحال، لكن قال أبو محمد في المغني: إذا بقي من ذكر المجبوب ما يمكن الوطء به، الأولى ضرب المدة، وبعده أبو العباس، بأنه لا يتجدد له قدرة لم تكن، بخلاف العنين، والله أعلم.

قال: فإن قال: قد علمت أني عنين قبل أن أنكحها. فإن أقرت أو ثبت ما قال ببينة، فلا يؤجل، وهي امرأته.

ش: إذا ادعت المرأة عنة الرجل، فادعى أنها علمت ذلك قبل أن ينكحها، فإن أنكرت فالقول قولها مع يمينها، إذ الأصل عدم علمها، ويؤجل، وإن أقرت بذلك، أو أنكرت فأقام بينة بما ادعاه، فلا يؤجل، وهي امرأته، لا سبيل لها إلى فسخ العقد بحال، لأنها دخلت على بصيرة، أشبه ما لو علمته مجبوباً ونحو ذلك، والله أعلم.

قال: وإن علمت أنه عنين بعد الدخول، فسكتت عن المطالبة، ثم طالبت بعد، فلها ذلك، ويؤجل سنة من يوم ترافعه.

ش: لأن نفس السكوت لا يدل على الرضى، وقد أخذ من هذا القاضي، وأبو محمد أن الخيار في العيوب على التراخي، وهو اختيار القاضي في الجامع، وأبي الخطاب في الهداية، والشيخين وغيرهم، لأنه لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي، كخيار القصاص، وحد القذف، وعكسه خيار الشفعة والمجبرة، فإن ضرره غير متحقق، وقال القاضي في المجرد، وابن عقيل، وابن البنا في الخصال: إنه على الفور، لأنه لدفع ضرر، أشبه خيار الشفعة، قال ابن عقيل: ومعناه أن المطالبة بحق الفسخ تكون على الفور، فمتى أخر ما لم تجر العادة به بطل، لأن الفسخ على الفور، وعلى الأول لا يسقط الخيار إلا بما يدل على الرضى من قول، أو استمتاع أو تمكين

---

(١) انظر البخاري حديث ٢٦٣٩، ومسلم ١٠/٢.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

منه، ونحو ذلك، ولا يعتبر التصريح بالرضا، لأن الدال على الشيء قائم مقامه، ومنزل منزلته، واستثنى من ذلك أبو البركات خيار العنة، لا يسقط إلا بالقول، لا يسقط بالتمكين من الاستمتاع ونحوه، إذ عنته إنما تعلم بعجزه عن الوطء، وذلك لا بد فيه من التمكين من الوطء، وقال أبو العباس: إنه لم يجد هذه التفرقة لغيره، وجعل أنه متى أمكنته في حال لها الفسخ سقط خيارها، وحيث لم يثبت لها الفسخ، وإن ثبت العيب لا عبرة بتمكينها، ولا فرق في ذلك بين العنة وغيرها، والله أعلم.

قال: فإن قالت في وقت من الأوقات: قد رضيت به عنيناً. لم تكن لها المطالبة بعد.

ش: إذا قالت المرأة في وقت من الأوقات ـ قبل العقد أو بعده، وقبل التأجيل أو بعده، وقبل مضي الأجل أو بعد مضيه ـ: قد رضيت به عنيناً، سقط خيارها، ولم يكن لها المطالبة بعد، وذلك لأنها صرحت برضاها به معيباً، أشبه ما لو رضيت به مجبوباً ونحوه، ومن هنا والله أعلم أخذ أبو البركات أن خيار العنة لا يسقط إلا بالقول، والله أعلم.

قال: وإن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة، بطل أن يكون عنيناً.

ش: كذا نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وغيره، ولا نزاع في ذلك، إذا كان الوصول في الفرج في هذا النكاح، لتحقق قدرته على الوطء، أما لو كان الوصول في الدبر، أو في نكاح سابق، فوجهان (أحدهما) يزول، ويحتمله إطلاق الخرقي، وهو مقتضى قول أبي بكر، لقوله: إن العنين يختبر بتزويج امرأة من بيت المال، وذلك لأن العنة خلقة وجبلة، فلا تختلف باختلاف الأوقات والمحال (والثاني) وهو اختيار القاضي، وأبي الخطاب وأبي محمد وغيرهم، لا يزول، إذ الفسخ ثبت لها دفعاً للضرر الحاصل لها بعدم وطئها في هذا النكاح في محل الوطء، فلا يزول بغير ذلك، لبقاء الضرر، ولعل هذين الوجهين مبنيان على تصور طريان العنة، وقد وقع للقاضي وابن عقيل أنها لا تطرأ، وكلامهما هنا يدل على طريانها، وقال ابن حمدان: إنه الأصح.

وعموم كلام الخرقي يقتضي أن عنته تزول بالوصول إليها، وإن كان محرماً، كما إذا وطئها، وهي حائض أو نفساء ونحو ذلك، وهو الصحيح من الوجهين، لتحقق قدرته على الوطء، والوجه الآخر: لا تزول، كما لا تحصل به الإباحة للزوج الأول، ولو كان التحريم لأمر خارجي عن المحل، كما لو وطئها وهو في المسجد، أو وهو مانع لصداقها زالت به العنة قولاً واحداً ذكره القاضي، وعكسه لو وطئها في حال الردة، لا تزول به العنة، ذكره القاضي في الجامع محل وفاق مع الشافعية.

(تنبيه) والوطء الذي يخرج به من العنة في حق سليم الذكر غيبوبة الحشفة في الفرج، كسائر أحكام الوطء، وقيل يشترط إيلاج جميعه، إذ الحشفة قد تدخل

بمعالجة، فلا يعلم دخولها باعتماد من الذكر، وفي حق مقطوع الذكر بقدر الحشفة، كما لو كان سليماً، وقيل لا بد هنا من تغييب الباقي، قاله القاضي في الجامع، إذ لا حد هنا يعتبر، والله أعلم.

قال: وإن جب قبل الحلول كان لها الخيار في وقتها.

ش: يعني إذا أجلناه فجب ذكره قبل الحلول، فلها الخيار في الحال، لأنه قد تحقق عجزه عن الوطء والحال هذه، فلا حاجة إلى انتظار الحول، وقد تقدم أن القاضي وغيره أخذوا من هذا ثبوت الخيار بالعيب الحادث، قال أبو محمد: ويحتمل أن ثبوت الفسخ هنا بالجب الحادث لتضمنه مقصود العنة في العجز عن الوطء، بخلاف غيره من العيوب، والله أعلم.

قال: وإن زعم أنه قد وصل إليها، وقالت: أنا عذراء أريت النساء الثقات، فإن شهدن بما قالت أجل سنة.

ش: يعني إذا أنكر العنة، وادعى أنه وصل إليها، وقالت: أنا عذراء. فإنها ترى النساء، فإن شهدن بما قالت فالقول قولها، فيؤجل، لأنه قد ظهر كذب دعواه، وهل تجب عليها اليمين إن قال: أزلت بكارتها ثم عادت؟ فيه احتمالان، (أحدهما) ـ وبه قطع القاضي، وأبو الخطاب في الهداية، وأبو البركات وغيرهم ـ تجب، لأن ما ادعاه محتمل، (والثاني) ـ ويحتمله كلام الخرقي، وابن أبي موسى ـ: لا تجب، لأن ما يبعد جداً لا التفات إليه، كاحتمال كذب البينة، وإن شهدت بزوال عذرتها فالقول قول الزوج، لتبين كذبها، فلا يؤجل، ولا يمين، حذاراً من مخالفة الأصل، وهو وجوب اليمين مع البينة إلا أن قالت: زالت بغير ما ادعاه.

وقول الخرقي: أريت النساء. المراد به الجنس، إذ يكتفى بامرأة في رواية مشهورة، وفي أخرى بامرأتين، والله أعلم.

قال: وإن كانت ثيباً وادعى أنه يصل إليها، أخلي معها، وقيل له: أخرج ماءك على شيء. فإن ادعت أنه ليس بمني، جعل على النار، فإن ذاب فهو مني، وبطل قولها، وقد روي عن أبي عبد الله قول آخر أن القول قوله مع يمينه.

ش: (الأول) رواه مهنا، وأبو داود، وأبو الحارث وغيرهم، واختاره القاضي، والشريف، وأبو الخطاب في خلافاتهم، والشيرازي، إذ بذلك يظهر صدقه أو صدقها، إذ الغالب أن العنين لا ينزل، فمع الإنزال يغلب على الظن كذبها، فيكون القول قوله، ومع عدم الإنزال يظهر صدقها، فيكون القول قولها، وما الإنزال إذا أنكرت أنه مني يختبر بجعله على النار، فإن ذاب فهو مني، إذ ذلك من علاماته، وإن يبس وتجمع فهو بياض بيض (والثاني) نقله ابن منصور، واختاره أبو محمد، والقاضي في روايتيه، لأنها تدعي عليه ما يقتضي فسخ العقد، والأصل عدمه، وبقاء النكاح، وتجب عليه

اليمين على الصحيح.

٢٦٠٨ ـ لعموم قوله ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»(١) قال القاضي: ويتخرج أن لا يمين، بناء على إنكار الطلاق (وعنه رواية ثالثة) نقلها ابن منصور أيضاً: القول قولها، إذ الأصل عدم الوطء، وتجب عليها اليمين على الصحيح أيضاً، لما تقدم، وقيل: لا، بناء على أن لا استحلاف في غير المال.

واعلم أن هذه الرواية الأخيرة خصها أبو البركات بما إذا ادعى الوطء بعد ما ثبتت عنته وأجل، لأنه انضم إلى عدم الوطء وجود ما يقتضي الفسخ، وجعل على هذه الرواية إذا ادعى الوطء ابتداء، وأنكر العنة القول قوله مع يمينه، وأطلقها جمهور الأصحاب، ولفظها يشهد لهم، قال: إذا ادعت المرأة أن زوجها لا يصل إليها استحلفت انتهى، وقال أبو بكر في التنبيه: يزوج امرأة من بيت المال، قال القاضي: لها دين، وقال أبو محمد: لها حظ من الجمال: فإن ذكرت أنه قربها كذبت الأولى، وخيرت الثانية في الإقامة والفراق، ويكون الصداق من بيت المال، وإن كذبته فرق بينه وبين الأولى، وكان الصداق عليه في ماله.

٢٦٠٨م ـ واعتمد في ذلك على ما روي أن امرأة جاءت إلى سمرة فشكت أنه لا يصل إليها زوجها، فكتب إلى معاوية رضي الله عنه، فكتب إليه أن زوجه امرأة ذات جمال، يذكر عنها الصلاح، وسق إليها المهر من بيت المال، فإن أصابها فقد كذبت، وإن لم يصبها فقد صدقت، ففعل سمرة ذلك، فجاءت المرأة فقالت: ليس عنده شيء. ففرق بينهما(٢)، والله أعلم.

قال: وإذا قال الخنثى المشكل: أنا رجل. لم يمنع من نكاح النساء، ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد، وكذلك لو سبق فقال: أنا امرأة لم ينكح إلا رجلاً.

ش: يرجع إلى الخنثى المشكل في التزويج، فإذا قال: أنا رجل. كان له نكاح النساء، وإن قال: أنا امرأة، كان له نكاح الرجال، على قول الخرقي، واختاره القاضي في الروايتين، لأن الله سبحانه أجرى العادة في الحيوانات بميل الذكر إلى الأنثى، وميلها إليه، وهذا الميل في النفس لا يطلع عليه غيره، فرجع فيه إليه، لتعذر معرفته من غيره، كما يرجع إلى المرأة في حيضها وعدتها، ومنصوص أحمد في رواية الميموني أنه لا يزوج ولا يتزوج حتى يتبين أمره، واختاره أبو بكر، وابن عقيل، لأنه مشكوك في حله للرجال والنساء، فلم يحل نكاحه حتى يتبين أمره، كما لو اشتبهت أخته بأجنبية، ولا تفريع على هذا أما على قول الخرقي فلو رجع عن قوله الأول، بأن قال: أنا رجل، ثم قال: أنا امرأة، أو بالعكس، فلا يخلو إما أن يكون متزوجاً أو غير

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٥١٤، ومسلم ٢/١٢.
(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧/٢٢٨.

متزوج، فإن كان غير متزوج منع من نكاح الرجال والنساء، على ظاهر كلام أبي محمد في الكافي، واختاره أبو البركات، لأنه بإقراره مثلاً أنه رجل أقر بتحريم الرجال عليه، ثم بقوله ثانياً: إنه امرأة أقر بتحريم النساء عليه.

وظاهر كلام الخرقي والأصحاب أن له نكاح ما أبيح له أولاً، ولا يعول على قوله بعد، وإن كان متزوجاً انفسخ نكاحه من المرأة، لأن النكاح حق للرجل، وقد أقر بما يبطله، أشبه ما لو قال: هي أختي من الرضاع ولا ينفسخ نكاحه من الرجل، لأن النكاح والحال هذه حق عليه، فلا يقبل قوله في إسقاط حق الغير، قال ذلك الشيخان، وقال القاضي: إذا تزوج امرأة ثم عاد، أو بالعكس لم يقبل، ويجري الحكم في النكاح على القول الأول، وعلله بأنه يتهم في رفع فراش الرجل إذا عاد فقال: أنا رجل، ويتهم في قصد فسخ النكاح، ليسقط عنه مهر المرأة إذا عاد فقال: أنا امرأة. وهذا ظاهر كلام أبي الخطاب، وابن عقيل انتهى، وفي نكاحه لما يستقبل ما تقدم من قول الأصحاب، وقول أبي البركات والله أعلم.

قال: وإذا أصاب الرجل، أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح، وليس واحد منهما بزائل العقل، رجما إذا زنيا.

ش: ذكر الخرقي رحمه الله هنا ما يحصل به الإحصان الذي يجب به الرجم بالزنا، وهو الإصابة، كأن يطأ الرجل المرأة في القبل، أو توطأ المرأة كذلك.

٢٦٠٩ ـ لقول النبي ﷺ: «الثيب بالثيب الجلد والرجم»(١) والثيابة إنما تحصل بالوطء في القبل، ويشترط في هذه الإصابة شروط (أحدها) أن تغيب الحشفة أو قدرها، إذ الأحكام إنما تترتب على ذلك، ولا تكفي الخلوة بلا خلاف، قاله أبو محمد (الثاني) أن يكون بعد الحرية والعقل، لأن الإحصان كمال، فيشترط أن يكون في حال الكمال، ولأن النبي ﷺ جعل على الثيب الرجم، فلو حصل الإحصان بذلك لجاز رجم العبد والمجنون، ولا يجوز (الثالث) أن يكون بعد البلوغ على الصحيح المعروف لما تقدم، وعن ابن أبي موسى: يتحصن البالغ بوطء المراهقة، وتتحصن البالغة بوطء المراهق، لأن ما قارب الشيء أعطي حكمه (الرابع) أن يكون بنكاح، فلا إحصان لواطئ بشبهة، أو ملك يمين ونحو ذلك إجماعاً، إذ النعمة إنما تكمل بالوطء بذلك، ويشترط في النكاح أن يكون صحيحاً، إذ الفاسد ليس بنكاح شرعي.

(تنبيه) يشترط أن تكون الموطوءة مثل الواطء في الكمال، فيطأ الحر المكلف حرة مكلفة فلو وطء الحر المكلف بنكاح صحيح رقيقة أو مجنونة فلا إحصان لهما، والله أعلم.

قال: والكافر والمسلم الحران فيما وصفت سواء.

---

(١) أخرجه مسلم ١١/١٨٨، وأبو داود حديث ٤٤١٥، وابن ماجه حديث ٢٥٥٠، وأحمد ٥/٣١٣.

ش: يعني أنه لا يشترط للإحصان الإسلام، بل يحصل الإحصان للذميين، كما يحصل للمسلمين، بالشروط السابقة.

٢٦١٠ ـ لأن النبي ﷺ رجم اليهوديين اللذين زنيا[١]، اقتداء بقول الله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] فدل على أنهما قد أحصنا، فتحصن الذمية زوجها المسلم، كما تحصن الذمي، على المذهب المشهور لما تقدم، (وعنه) لا تحصنه، لأنها أنقص منه، فأشبهت الرقيقة.

(تنبيه) كثير من الأصحاب يفرض المسألة في الذمي، وبعضهم زاد معه المستأمن، وهو واضح، لأن له ذمة، وكلام الخرقي يشمل كل كافر، وتبعه على ذلك أبو البركات، ولعله أمشى على قولهم أن حكم نكاح الكفار حكم نكاح المسلمين، وقال ابن حمدان: والمجوسي لا يتحصن بوطء ذات رحمه المحرم. والله أعلم.

(١) أخرجه البخاري حديث ٦٨١٩، ومسلم ١١/٤٠٨.

كتاب الصداق

ش: الصداق العوض الواجب في عقد النكاح أو ما قام مقامه، فالواجب يشمل المسمى ومهر المثل، إن لم يكن مسمى، وما قام مقام النكاح، ليدخل وطء الشبهة، وله ثمانية أسماء (الصداق)، (والنحلة)، قال الله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] (والأجر) (والفريضة)، قال الله سبحانه: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤].

٢٦١١ ـ (والمهر) قال ﷺ: «فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها»[(١)].

٢٦١٢ ـ (والعلائق) يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «أدوا العلائق؟» قالوا: يا رسول الله وما العلائق؟ قال: «ما يرضى به الأهلون»[(٢)] (والعقر) بضم العين، وسكون القاف.

٢٦١٣ ـ قال عمر رضي الله عنه: لها عقر نسائها. (والحباء) ممدوداً بكسر الحاء، قال الشاعر[(٣)]:

أنكحها فقدها الأراقم في جنب وكان الحباء من أدم

والأصل في مشروعيته الإجماع، وقد دل عليه ما تقدم من الآيتين، وقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤] الآية.

٢٦١٤ ـ وعن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ رأى عبد الرحمن بن عوف وعليه ردع من زعفران، فقال: «مهيم؟» فقال: يا رسول الله تزوجت امرأة، قال: «ما أصدقتها؟» قال: وزن نواة من ذهب[(٤)]. رواه الجماعة.

(تنبيه) (ردع) بفتح الراء، وسكون الدال المهملتين، أي لطخ وأثر لم يعمه كله، وروي: درع (ومهيم) بفتح الميم كلمة يمانية، أي ما هذا وما شأنك؟ (ووزن نواة) اسم لما زنته خمسة دراهم، ذهباً كان أو فضة، كالأوقية للأربعين على الأشهر، وقيل:

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٣٩٥.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧/ ٢٣٩.

(٣) البيت من المنسرح وهو للمهلهل في ديوانه ص ١٧٩.

(٤) أخرجه البخاري حديث ٢٠٤٩، ومسلم ٩/ ١٥، وأبو داود حديث ٢١٠٩، والنسائي ٦/ ٢١٩، وابن ماجه حديث ١٩٠٧، وأحمد ٣/ ١٩٠، ٢٧١.

كانت قدر نواة من ذهب قيمتها خمسة دراهم ونصف، وقيل ثلاثة دراهم وربع، وقيل: ربع دينار. والله أعلم.

قال: وإذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عقد عليها أبوها بأي صداق اتفقوا عليه فهو جائز، إذا كان شيئاً له نصف يحصل.

ش: وضع هذه المسألة أن الصداق يجوز بما اتفقوا عليه من قليل أو كثير، ولا يتقدر أقله بعشرة دراهم ولا غيرها، ولا أكثره، (أما الأول) فلما تقدم من حديث أنس رضي الله عنه، ولظاهر قوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤] والدرهم والدرهمان مال، فيدخل في الآية الكريمة.

٢٦١٥ ـ وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين، فقال رسول الله ﷺ: «أرضيت من نفسك بنعلين؟» قالت: نعم. فأجازه رسول الله ﷺ[1]، رواه أحمد وابن ماجه، والترمذي وصححه.

٢٦١٦ ـ وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من أعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقاً أو تمراً فقد استحل»[2] رواه أبو داود وغيره.

٢٦١٧ ـ وقال النبي ﷺ للذي أراد أن يتزوج الموهوبة: «التمس ولو خاتماً من حديد»[3] ومعلوم أن الخاتم الحديد لا يساوي عشرة دراهم، وحمله على خاتم من حديد صيني يساويها، حمل للفظ على معناه النادر دون المعتاد، لا سيما والتنكير في مثل هذا المقام للتقليل، لكن الخرقي رحمه الله يشترط أن يكون له نصف يحصل، فلا يجوز على فلس ونحوه، حذاراً من أن يبتغي بغير مال، كما إذا طلقها قبل الدخول، وتبعه على ذلك ابن عقيل في الفصول، وأبو محمد، وفسره بنصف يتمول عادة، وليس في كلام أحمد هذا الشرط، وكذا كثير من أصحابه، حتى بالغ ابن عقيل في ضمن كلام له، فجوز الصداق بالحبة والتمرة التي ينتبذ مثلها ولا يعرف.

وأما (الثاني) فلظاهر قول الله تعالى: ﴿وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا﴾ [النساء: ٢٠] الآية.

٢٦١٨ ـ قال أبو صالح: القنطار مائة رطل، وهو عرف الناس اليوم.

٢٦١٩ ـ وقال أبو سعيد الخدري: ملء مسك ثور ذهباً.

٢٦٢٠ ـ وعن مجاهد: سبعون ألف مثقال.

٢٦٢١ ـ وعن عمر رضي الله عنه أنه أصدق أم كلثوم ابنة علي أربعين ألفاً، رواه أبو حفص، مع أن هذا إجماع حكاه ابن عبد البر وغيره، لكن الأولى تقليل المهر وتخفيفه.

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ١٨٨٨، وأحمد ٣/ ٤٤٥.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢١١٠، وأحمد ٣/ ٣٥٥.

(٣) أخرجه البخاري حديث ٢٣١٠، ومسلم ٩/ ٢١١.

٢٦٢٢ ـ لما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤونة» رواه أحمد(١).

٢٦٢٣ ـ وعن أبي العجفاء، قال: لا تغالوا بصدق النساء، فإنه لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله، كان أولاكم بها النبي ﷺ، ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه، ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية(٢). رواه الخمسة، وصححه الترمذي. وكماله عشرة دراهم، على ظاهر كلام القاضي أبي يعلى الصغير، خروجاً من الخلاف، واتفق الكل على أن المستحب أن لا يزيد على صداق أزواج النبي ﷺ وبناته، تأسياً به، وطلباً لبركته والاقتداء به، وهو من أربع مائة درهم إلى خمس مائة، لما تقدم عن عمر.

٢٦٢٤ ـ وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: سألت عائشة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ: كم كان صداق رسول الله ﷺ؟ قالت: كان صداقه لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشاً، قالت: أتدري ما النش؟ قلت: لا. قالت: نصف أوقية، فتلك خمسمائة درهم، هذا صداق رسول الله ﷺ لأزواجه(٣). رواه مسلم، وكلام أحمد في رواية حنبل يقتضي أنه بلغه أن صداق بنات النبي ﷺ أربعمائة درهم.

وقد تضمن كلام الخرقي أن من شرط صحة التسمية الرضى ممن هو معتبر منه، ولا نزاع في ذلك، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤].

٢٦٢٥ ـ ويروى عن النبي ﷺ أنه قال: «العلائق ما تراضى عليه الأهلون»(٤) ثم إن كان العاقد الأب وهي صغيرة فالرضى منوط به، وإن كانت بالغة رشيدة اعتبر رضاها، نعم للأب أن يزوجها بدون صداق مثلها، كما تقدم في أول كتاب النكاح، والله أعلم.

(تنبيه) وجوب المهر في ابتداء النكاح هل هو حق الله تعالى أو للآدمي؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه حق للآدمي، قاله القاضي في التعليق، في ضمن مسألة أقل الصداق، وفي تزويج الدنيء بغير مهر، وفي فساد المهر، وهو قول كثير من أصحابه في الخلاف، وبنوا عليه تزويج عبده من أمته ولا مهر، وذلك لأنه يسقط بالعفو بعد وجوبه، ولو كان حقاً لله تعالى لما سقط (والثاني) أنه حق لله تعالى، قاله القاضي أبو يعلى الصغير، وابن عقيل في موضع، وهو قياس المنصوص في وجوب المهر فيما إذا

---

(١) المسند ٦/ ٧٧، ٩١.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢١٠٦، والنسائي ٦/ ١١٧، وابن ماجه حديث ١٨٨٧، وأحمد ١/ ٤٠، ٤٨.
(٣) أخرجه مسلم ٩/ ٢١٥، وأبو داود حديث ٢١٠٥، والنسائي ٦/ ١١٦، وابن ماجه حديث ١٨٨٦.
(٤) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٦١٢.

زوج عبده من أمته، وذلك لأنه يجب مهر المثل للمفوضة، وإن رضيت بسقوطه، وهذا هو مأخذ المفوضة عند القاضي أبي يعلى الصغير، والقاضي يجيب عن ذلك بأنه إسقاط للحق قبل وجوبه فلذلك لم يسقط، والله أعلم.

قال: وإذا أصدقها عبداً بعينه، فوجدت به عيباً فردته به كان لها عليه قيمته.

ش: إذا أصدقها عبداً بعينه ـ كأن قال: تزوجتك على هذا العبد، فوجدت به عيباً، فإن لها رده وإن كان العيب يسيراً، بلا نزاع بين أصحابنا فيما نعلم، كالمبيع المعيب، فإذا ردته فلها قيمته صحيحاً، لأنها قد رضيت ببذل نفسها بذلك، لا بما دونه، ولو كان الصداق مثلياً والحال هذه، فردته فلها مثله، فإن اختارت الإمساك وأخذ الأرش كان لها ذلك على المشهور، كالمبيع المعيب، ونقل عنه مهنا ما يدل على أنه لا أرش مع الإمساك، وأظن هذا أصل الرواية المذكورة في البيع، ولعله ظاهر كلام الخرقي هنا، وذلك لأن الأرش زيادة في الصداق لم يلتزمها الزوج، ولا رضي بها، والأرش هنا والله أعلم قيمة الجزء الفائت، ولو كان الصداق على عبد في الذمة، فسلمه لها فوجدت به عيباً، فالواجب إبداله لا أرش ولا قيمة، لأنا قد تبينا أنه قد سلم غير الواجب عليه، فالواجب باق في ذمته، فيجب دفعه، ووقع لأبي محمد في عوض الكتابة إذا بان معيباً أنه يخير بين الرد، والإمساك مع الأرش، وعوض الكتابة إنما يكون في الذمة، وهو سهو، والله أعلم.

قال: وكذلك إن خرج حراً أو استحق، سواء سلمه إليها أو لم يسلمه.

ش: كذلك إذا تزوجها على عبد بعينه فخرج حراً، أو استحق بأن بان غصباً ونحو ذلك، فإن لها قيمته، لأنه قد تعذر تسليمه، فوجب الرجوع إلى بدله، إذ البدل يقوم مقام المبدل عند تعذره، وتعتبر القيمة يوم التزويج، قاله القاضي في التعليق.

وقد تضمن كلام الخرقي صحة النكاح، ولا نزاع في ذلك، وتضمن كلام الخرقي أيضاً وكلام الأصحاب والإمام أنها إذا ردت الصداق بالعيب في المسألة السابقة، أو خرج حراً أو مغصوباً أنها لا ترجع في مقابله وهو نفسها، فيفسخ النكاح، ولا يجب لها بدل ذلك، وهو مهر المثل، وعلل بأنها رضيت بما سمي لها، فلا ترجع إلا إلى بدله، وقد يقال: إن قاعدة المعاوضات خلاف هذا، لأنها متى فسخت في الثمن وتعذر الرجوع في العين المبيعة، فإنها ترجع ببدلها، لا ببدل الثمن، وذلك كما إذا بيع عبد بثوب بشرط الخيار ثلاثاً، على إحدى الروايتين، فإنه يرجع ببدل العبد، لا بقيمة الثوب، وقياس هذا هنا أنه يرجع بمهر المثل، وقد يجاب عن هذا بأن ثم إنما وجب بدل العبد، لا بدل الثوب، لأن العقد انفسخ، ومع الانفساخ يرجع كل واحد منهما إلى ما خرج عنه، وقد تعذر الرجوع في العبد، فيرجع ببدله لمكان العذر، وليس هنا كذلك، إذا العقد لا ينفسخ بذلك، لأنه لا يفسد بفساد الصداق، ولا بعدمه، فبكونه معيباً أولى، وغايته أنه قد عدم الصداق في العقد، وذلك لا يفسده، وأبو

العباس رحمه الله في بعض قواعده ينازع في هذا الأصل، ويختار أن للمرأة الفسخ، كما للبائع والمؤجر الفسخ مع العيب، والرجوع في العين المبيعة والمؤجرة، والجامع أنه عقد معاوضة، بل هنا أولى، إذ المال والمنفعة يجوز بذلهما بغير عوض، أما النكاح فلا يجوز إلا بصداق، ولأن للمرأة الفسخ إذا ظهر الزوج معسراً قبل الدخول، كما لو ظهر معسراً بالثمن، فلها الفسخ إذا بان عيبه، أو ظهر معيباً بل أولى، ألا ترى أن العيب يثبت الفسخ في المبيع بالإجماع، وفي الإفلاس بالثمن بعد القبض نزاع، والبدل يقوم مقام المبدل في الاتلافات لتعذر الأصل، أما في العقود فالمقصود العين، فإذا لم تحصل فات الرضى المشروط، والقول بأن الصداق تابع لا مقصود لا يجدي، فإن الله سبحانه عظم شأن الصداق في كتابه، وأمر بإيتائه، وعلق الحل عليه، ونهى عن أخذ شيء منه إلا عند تعدي الحدود، فشأنه أعظم من شأن الثمن والأجرة، والوفاء به أوجب.

٢٦٢٦ ـ قال النبي ﷺ: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[(١)] والله أعلم.

قال: وإذا تزوجها على أن يشتري لها عبداً بعينه، فلم يبع، أو طلب به أكثر من قيمته، أو لم يقدر عليه فلها قيمته.

ش: هذا منصوص أحمد رحمه الله في رواية الأثرم، وقاله القاضي، وأبو محمد وغيرهما، (وهو دال بتضمنه) على أن التسمية صحيحة إذاً، غايته وقصاراه أنه أصدقها ملك الغير، وذلك لا يمنع الصحة، كما لو تزوجها على عبد فخرج حراً، ولأن هذا غرر يسير فيحتمل، إذ المعاوضة في الصداق ليست بمحضة، إذ المقصود الأعظم إنما هو الوصل والاستمتاع، ومقتضى كلام أبي بكر رحمه الله أن هذه التسمية لا تصح، قال في مقنعه: النكاح كالبيع، لا يصح إلا على معلوم كالبيع، وذلك، لأنه عقد معاوضة، فأشبه البيع، (ودل بمنطوقه) على أنه متى لم يبع العبد سيده أو طلب فيه أكثر من قيمته، أو لم يقدر عليه لإباقه أو غير ذلك أن لها قيمته، لما تقدم في التي قبلها، وفيه البحث السابق في وجوب مهر المثل، وفي فسخ النكاح، وقد يقال في الزيادة اليسيرة غير المجحفة: يلزم الشراء كما في نظائره.

ومقتضى كلام الخرقي أنه لو قدر على الشراء فبذل القيمة لم يلزمها القبول، وهو اختيار أبي محمد، وقيل: يلزمها، ولعله بناء على ما إذا أصدقها عبداً موصوفاً وجاءها بقيمته، والله أعلم.

قال: وإذا تزوجها على خمر أو ما أشبه من المحرم وهما مسلمان ثبت النكاح، وكان لها مهر المثل أو نصفه إن كان طلقها قبل الدخول.

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٤٨٣.

ش: إذا تزوجها على خمر أو ما أشبهه من المحرم، كالخنزير والميتة، والحال أنهما مسلمان، فالنكاح صحيح ثابت، على المشهور من الروايتين، والمختار لجمهور الأصحاب، الخرقي وابن حامد والقاضي، والشريف وأبي الخطاب، وابن عقيل وأبي محمد وغيرهم، حتى بالغ القاضي وأبو محمد فحملا الثانية على الاستحباب، وذلك لإطلاق «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» ظاهره الصحة وإن كان المهر فاسداً، ولأن فساده لا يزيد على عدمه، ولو عدم صح النكاح، فكذلك إذا فسد، ولأن النكاح قد يخلو عن مهر، بدليل تزويج عبده من أمته، على اختيار القاضي، وكثير من أصحابه، وتزويج النبي ﷺ، وإذا انفرد عنه صح وإن فسد الصداق كالعقدين، (والرواية الثانية) لا يصح، اختاره الخلال وصاحبه، والجوزجاني، لظاهر قوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤] فجعل سبحانه الحل بالمال، وما ذكر ليس بمال، ولأن النكاح لا بد فيه من مهر، وما رضيا به لا يصح مهراً، وما جعله الشارع وهو مهر المثل لم يرضيا به، حيث سميا مهراً، وإذاً يبطل، وتزويجه ﷺ من خصائصه، وتزويج عبده من أمته ممنوع، على المنصوص، ولا تفريع على هذه الرواية، أما على الأولى فيجب لها مهر المثل، لتعذر المسمى، والرجوع في البضع، وإذاً ينزل منزلة التالف، فتجب قيمته، وهو مهر المثل، كالمبيع المقبوض بعقد فاسد، وخرج ابن أبي موسى قولاً أنه يجب مثل المثلي، وقيمة غيره، بناء على ما إذا جهلا ذلك، ونظراً إلى أن الرضى شيء رضي ببدله، وهذا اختيار أبي العباس، وظاهر إطلاق أحمد في رواية الأثرم إذا تزوج على شيء بعينه، فطلب ذلك الشيء فلم يقدر عليه، إما مملوك فأعتقوه أو رفعوا في ثمنه، وبلغوا به، فلها قيمته، فقيل له: ولا يكون لها صداق مثلها؟ فقال: كيف وقد تزوجت على شيء بعينه، إنما ذلك إذا تزوجها على حكمها فاختلفا، انتهى، ولو طلقها والحال هذه قبل الدخول وجب نصف مهر المثل لا المتعة، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى، والخلاف فيه.

وقول الخرقي: وهما مسلمان. يحترز به عما إذا كانا كافرين، وقد يقدم له ذلك في نكاح أهل الشرك، وقوله: على خمر أو ما أشبهه من المحرم. يحتمل: وما أشبه الخمر من محرم تحريمه لحق الله تعالى، كالخنزير والحر، فيخرج ما إذا كان تحريمه لحق الآدمي، كالمال المغصوب ونحوه، فإنه يصح بلا نزاع، وهذا اختيار الشيخين، وبالغ أبو محمد فحكى الاتفاق عليه، ويحتمل: وما أشبه الخمر في التحريم، فيدخل ما تقدم، وبهذا صرح أبو بكر في التنبيه، وابن أبي موسى، وابن عقيل، وأبو الخطاب وغيرهم، وهو مقتضى نص أحمد الذي أخذ منه البطلان في الأصل، ومما يتبع أن الصداق لو فسد بجهالة أو عدم لا يفسد النكاح، وهو المعروف، حتى قال جماعة: رواية واحد، وشذ الشاشي في الحلية فحكى عن أحمد أن النكاح يفسد بجهالة العوض، وهو مقتضى إطلاق أبي عبد الله ابن تيمية، حيث قال: فإن فسد الصداق لم

يؤثر في النكاح، على المشهور من الروايتين.

(تنبيه) محل الخلاف فيما إذا علما بذلك، أما إن جهلاه فإن النكاح يصح، قاله ابن أبي موسى والقاضي، والشيخان وغيرهم، والله أعلم.

قال: وإن تزوجها على ألف لها، وألف لأبيها، كان ذلك جائزاً، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين، ولم يكن على الأب شيء مما أخذ.

ش: إذا تزوجها على ألف لها، وألف لأبيها، جاز ذلك، ولزم الشرط والعقد، نص على هذا أحمد، معللاً بأن له أن يأخذ من مال ابنه ما شاء، وهو المذهب عند الأصحاب، القاضي، وابن عقيل، وأبي الخطاب، والشيخين وغير واحد، وذلك لقصة شعيب عليه السلام: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص: ٢٧] فشرط الصداق رعي غنمه، وذلك شرط لنفسه، وإذا جاز اشتراط كل الصداق فبعضه أولى، وشرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يرد نسخه.

٢٦٢٧ ـ وأيضاً عموم قول النبي ﷺ: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[1].

٢٦٢٨ ـ «المسلمون عند شروطهم»[2].

٢٦٢٩ ـ ثم يستدل على صحة هذا الشرط بخصوصه بقول النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[3] وإنما يكون الابن لأبيه بمعنى أن منفعته له، ومن له المنفعة له أن يستوفيها بنفسه وبغيره، والقول بأن المال لا يتبعه حتى يقبضه، يجاب عنه بأن ثبوت الولاية هنا على الأبضاع بمنزلة القبض، وحكى أبو عبد الله ابن تيمية رواية أخرى: يبطل الشرط، وتصح التسمية، وقيل: يبطل ويجب مهر المثل.

وعلى المذهب إذا قبضا الألفين ووجد الطلاق قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين، إذ الطلاق قبل الدخول يوجب ذلك ولا شيء على الأب للزوج، لأنه إنما أخذ من مال ابنته، ولا للبنت إذ ما انتفع به من مال ولده لا يضمنه.

ومقتضى كلام الخرقي أن غير الأب ليس له ذلك، وهو صحيح، فلا يصح اشتراطه، ويكون الجميع لها على المذهب، وقيل: تبطل التسمية، ويجب لها مهر المثل، وعموم كلام غيره يقتضي أنه يصح اشتراط الأب في جميع أحوال البنت، وظاهر إطلاقه أنه لا يشترط لجواز اشتراط الأب فيما تقدم أن لا يكون الأخذ مجحفاً بمال ابنته، وهو ظاهر إطلاق أحمد، والقاضي في تعليقه، وأبي الخطاب وطائفة، وشرط ذلك القاضي في المجرد، وابن عقيل وأبو محمد في المغني، وأشار أبو العباس

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٦٢٦.
(٢) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٤٠١.
(٣) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٤١١.

إلى ضعف ذلك، بأنه لا يتصور الاجحاف، لعدم ملكها له، وعلى ما في المجرد ومتابعيه إذا لم يوجد الشرط حكم الأب إذاً حكم الأجنبي.

(تنبيهان) أحدهما حكم اشتراط الأب للكل حكم اشتراطه للبعض، قاله القاضي وغيره، فلو وجد الطلاق والحال هذه قبل الدخول وبعد القبض، رجع عليها بنصف المسمى إذ أخذ الأب إنما هو من مالها، قاله القاضي، ولأبي محمد احتمال أنه يرجع على الأب بنصف ما أخذ، وهكذا الخلاف لو ارتدت في مسألة الخرقي، هل يرجع على الأب بألف أو عليها بالمجموع؟ على القولين.

الثاني: يملك الأب ما اشترطه بنفس العقد، كما تملك هي، حتى لو مات قبل القبض ورث عنه، لكن يقدر فيه الانتقال إلى الزوجة أولاً، ثم الانتقال إليه كأعتق عبدك عن كفارتي، ذكر ذلك ابن عقيل في العمد، وعند القاضي وأبي محمد إنما يملك ذلك بالقبض مع النية وضعف بأنه يلزم منه بطلان خصيصة هذه المسألة، ويتفرع من هذا على قول أبي محمد لو وجد الطلاق قبل القبض، فللأب أن يأخذ من الألف التي استقرت ما شاء، والقاضي يجعل الألف بينهما نصفين، كجملة الصداق، والله أعلم.

قال: وإذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر، ثم طلقها قبل الدخول، فإن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد، أو تدفع إليه نصفه زائداً، إلا أن يكون يصلح صغيراً لما يصلح له كبيراً، فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد، إلا أن يشاء أخذ ما بذلته له من نصفه.

ش: اعلم أنه قبل الخوض في كلام الخرقي نشير إلى قواعد (أحدها) أن المذهب المنصوص المعروف المجزوم به عند الأكثرين أن المرأة تملك الصداق جميعه بالعقد.

٢٦٣٠ ـ لظاهر قول النبي ﷺ في قصة الموهوبة: «إزارك إن أعطيتها جلست ولا إزار لك»[(١)] وأيضاً قول الله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] وظاهره الأمر بإيتاء الجميع ولأنه عقد يملك به المعوض بالعقد، فملك به العوض كاملاً كالبيع.

وحكى القاضي وطائفة من متابعيه رواية أنها لا تملك إلا نصفه، وأخذها القاضي في تعليقه وغيره من رواية ابن منصور وقيل له: سئل سفيان عن رجل تزوج امرأة على خادم، ثم زوجها غلامه فولدت أولاداً فطلق امرأته قبل الدخول، فلها نصف قيمتها وقيمة ولدها، قال أحمد: جيد. قال القاضي: وظاهر هذا أنه لم يحكم لها بملك جميعه، لأنه جعل لها نصف النماء، ولا تفريع على هذه الرواية، مع أن أبا البركات

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٣٩٩.

لم يعرج عليها، بل ظاهر كلامه إجراؤها على ظاهرها، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(القاعدة الثانية) إذا زادت العين المصدقة فلا يخلو إما إن تكون الزيادة متصلة، كالسمن وتعلم صناعة، أو منفصلة كالولد والكسب فإن كانت متصلة فالمرأة مخيرة بين دفع النصف زائداً، فيكون ذلك إسقاطاً لحقها من الزيادة، ويلزم الزوج القبول، لحصول حقه مع زيادة لها، لأنها نماء ملكها، فلا يلزمها بذلها، وإذا تعذر دفع الأصل فيصار إلى القيمة، وخرج أبو البركات رواية بوجوب دفع النصف بزيادته، من الرواية الآتية في الزيادة المنفصلة، وهو واضح، وقد يقال: إنه قياس البيع ونحوه، وقد أولع الفقهاء بقولهم: إن الزيادة المتصلة تتبع في الفسوخ والعقود، وقد فرق أبو محمد بين هذا والبيع بأن سبب الفسخ ثم العيب، وهو سابق على الزيادة، وسبب تنصف المهر الطلاق، وهو حادث بعد الزيادة، وبأن الزوج ثبت حقه في نصف المفروض دون العين، ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع إلى نصف مثلها أو قيمتها، بخلاف المبيع المعيب، والمفروض لم يكن زائداً، فلم يتعلق حقه به، والمبيع تعلق حقه بعينه، فتبعته زيادته، ويعترض على الأول بأنه لا أثر لتقدم السبب، إذ الفسخ للعقد من حينه على المذهب، فهو كالطلاق رفع للنكاح من حينه، وعلى الثاني بأن نصف المفروض هو نصف عين ما أصدقها، فحقه في الحقيقة تعلق بنصف العين، وكونه إذا وجدها ناقصة له الرجوع إلى نصف مثلها أو قيمتها ممنوع، بل الرجوع في ذلك وأخذ الأرش على ما سيأتي، وقد يفرق بأن في البيع لما اختار لما اختار المشتري الفسخ، من غير أن يمكنه أخذ الزيادة، فقد رضي بإسقاطها، بخلاف هنا، فإن الفسخ جاء للمرأة بغير اختيارها، فلا يجب عليها بذل ملكها بغير رضاها، وقد يعترض على هذا بما إذا كان الفسخ من جهتها.

واعلم أن محل التخيير إذا كانت المرأة جائزة التبرع في مالها، فإن لم تكن كالصغيرة والسفيهة والمفلسة تعين للزوج نصف القيمة، يشارك في الفلس الغرماء، لامتناع التبرع من جهتها.

وإن كانت الزيادة منفصلة ـ كالولد الحادث بعد النكاح، والثمرة ونحو ذلك ـ فالزيادة للمرأة، وللزوج نصف الأصل، لأنها نماء ملكها، ولأن الله سبحانه وتعالى إنما جعل للزوج نصف المفروض، والنماء ليس مفروضاً، وحكى أبو البركات رواية أن الزوج يرجع بنصف الزيادة، وكأنه أخذها من رواية ابن منصور المتقدمة، وقد تعلل بأن الطلاق رفع للعقد من أصله تقديراً، وليس بشيء، ولعل الرواية التي في البيع أخذت من هنا، وفي هذه الرواية بحث ليس هذا موضعه، وبالجملة أبو محمد يستثنى من النماء المنفصل، فلا يجوز للزوج الرجوع في نصف الأمة، حذاراً من التفريق في بعض الزمان، وظاهر كلام جماعة من الأصحاب وصرح به القاضي في التعليق عدم الاستثناء.

(القاعدة الثالثة) إذا نقص الصداق بعد القبض، ثم طلقت قبل الدخول فإن الزوج يخير بين أخذه ناقصاً، وبين أخذ نصف قيمته، لأنه إن اختار أخذه فقد رضي بإسقاط حقه، وله ذلك، وإن اختار نصف القيمة فله ذلك، لأن في قبوله ناقصاً ضرر عليه، وإنه منفي شرعاً، وإذا اختار أخذ النصف ناقصاً فهل له أرش النقص ـ وهو مختار القاضي في تعليقه، كالمبيع المعيب، أو لا أرش له كواجد متاعه عند المفلس، وهو اختيار الأكثرين؟ فيه قولان.

إذا تقرر هذا فقول الخرقي: إذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر، ثم طلقها قبل الدخول، فإن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد، أو تدفع إليه نصفه زائداً. مبني على أنها ملكت الصداق بالعقد، وإذاً الزيادة حدثت على ملكها، فتخير بين دفع النصف وبين دفع نصف قيمته، لكن متى تعتبر القيمة؟ اعتبرها الخرقي ـ وتبعه أبو محمد في الكافي والمغني، وابن حمدان وأطلقوا ـ بيوم العقد، وحرر ذلك أبو البركات فجعل ذلك في المتميز إذا قلنا على المذهب يضمنه بالعقد، وعلى هذا يحمل قولهم، إذ الزيادة في غير المتميز صورة نادرة، ولذلك علل أبو محمد بأن ضمان النقص عليها، فعلم أن كلامه في المتميز، وجعل غير المتميز إذا قيل ضمانه على الزوج الواجب قيمة نصفه يوم الفرقة على أدنى صفاته من يوم العقد إلى يوم القبض، لأن ما نقص بعد العقد والحال هذه فهو على الزوج، وما زاد فهو لها، ثم إن أبا البركات أوجب القيمة يوم الفرقة بصفته وقت العقد، لأنه وقت الاستحقاق، وكلام الخرقي يقتضي وجوب القيمة يوم العقد بصفته إذ ذاك، ولأبي البركات تحرير آخر، وهو أن الواجب قيمة النصف، لأن الله سبحانه جعل له نصف المفروض، وإذا تعذر رجع في بدله، وهو نصف قيمته، والخرقي وجماعة جعلوا الواجب نصف القيمة. انتهى.

وقوله: إلا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح له كبيراً، فيكون له نصف قيمته يوم وقع عليه العقد، إلا أن يشاء أخذ ما بذلته له من نصفه، مبني على القاعدة الثالثة، وهي ما إذا تعيب الصداق، فإذا كان العبد يصلح صغيراً لشيء لا يصلح له كبيراً، كما إذا كان يقبل تعليم صناعة ونحوها وبالكبر امتنع ذلك منه فإنه قد تعيب فيخير الزوج بين أخذ نصف قيمته، وبين أخذ ما بذلته له من نصفه، واعتبر الخرقي أيضاً القيمة بيوم العقد، واعتبرها القاضي بيوم القبض، وفصل أبو البركات التفصيل السابق، فكأنه حمل كلام القاضي على غير المتميز، وكلام الخرقي يقتضي أن المرأة لها الامتناع من بذل النصف والحال هذه، ولم أره لغيره ولا قاعدة المذهب تقتضيه، إذ الواجد متاعه معيباً عند المفلس له الرجوع فيه، ولا يتوقف ذلك على رضى الغرماء مع أنه إنما جاز له الانتقال إلى القيمة دفعاً للضرر عنه، فإذا رضي بالضرر فحقه في العين بحاله، والله أعلم.

قال: ولو اختلفا في الصداق بعد العقد في قدره، ولا بينة على مبلغه، كان القول قولها ما لم يجاوز مهر مثلها.

ش: هذا إحدى الروايات، واختيار عامة الأصحاب، الخرقي، والقاضي، والشريف، وأبي الخطاب، وابن عقيل، والشيرازي، وغيرهم، لأن القول قول من الظاهر في جنبته، والظاهر والحال هذه في جنبة المرأة، لأن الظاهر وقوع النكاح على مهر المثل، وعلى هذه لو ادعت هي أكثر من مهر المثل، وادعى الزوج مهر المثل أو أزيد منه وأنقص منها، فالقول قوله، ولم يذكر أحمد اليمين، فخرج أصحابه في وجوبها وجهين، بناء على أنه دعوى فيما يتعلق بالنكاح، مع كونه مالاً، فمن نظر إلى المال أوجب اليمين، ومن نظر إلى أن النكاح غير مال لم يوجبها، وهذا قول القاضي أظنه في المجرد، والأول اختيار أبي الخطاب في الهداية وأبي محمد، وبه قطع أبو الخطاب والشريف في خلافيهما، ولو كان دعوى الزوج أقل من مهر المثل، ودعواها أكثر من مهر المثل، رد إليه وهل تجب اليمين إن أوجبناها فيما تقدم؟ ظاهر كلام الأكثرين لا، وكذلك قال أبو محمد، ولم يذكر أصحابنا يميناً. قلت: وقد صرح بذلك أبو الخطاب في خلافه الصغير، وهو مقتضى ما حكاه عن شيخه في الهداية، وذلك لأن اليمين على مقتضى ما حكاه عن شيخه في الهداية، وذلك لأن اليمين على حسب الدعوى، وكل منهما لا يستحق ما ادعاه، فلا يحلف عليه، وقال في المغنى والأولى أن يتحالفا، وكذلك قال في الكافي: ينبغي أن يحلف الزوج على نفي الزائد عن مهر المثل، وتحلف هي على إثبات ما نقص منه، وهذا مقتضى قول أبي الخطاب في الهداية، (والرواية الثانية) القول قول الزوج مع يمينه، لأنه منكر، فيدخل في عموم قول النبي ﷺ: «واليمين على من أنكر» (والرواية الثالثة) ـ حكاها الشيرازي ـ يتحالفان، لأنه اختلاف في عوض، بمستحق عقد ولا بينة، فيسوغ التحالف كالمتبايعين.

وقول الخرقي: بعد العقد. للتنصيص على مخالفة مذهب مالك رحمه الله في قوله: إن التخالف إن كان قبل الدخول تحالفا وتفاسخا، وبعده القول قول الزوج، وقوله: في قدره. احترازاً مما إذا اختلفا في عينه، كما إذا قال: أصدقتك هذا العبد. قالت: بل هذه الأمة. والحكم فيه أنه على الخلاف السابق، إلا أن الواجب القيمة، لا شيء من المعينين، على أحد الوجهين، وهو مقتضى احتراز الخرقي، وأورده أبو البركات مذهباً، لأنه إن أخذ بقول الزوج فيلزم من إيجاب معينه أن يدخل في ملكها ما لم تدعه، وإن أخذ بقولها فإنما قبل قولها في المهر لموافقة الظاهر، وذلك أجنبي عن التعيين (والثاني) إن كان معين المرأة أعلى قيمة وهو كمهر المثل أو أقل، وأخذنا بقولها أعطيته، لأنه لما قبل قولها في القدر تبعه التعيين، والله أعلم.

قال: وإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضاً قولها قبل الدخول وبعده

ما ادعت مهر مثلها إلا أن يأتي ببينة ببراءته منه.

ش: لأنها منكرة، والأصل معها، والقول قول المنكر، قال النبي ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه» والقول قول مدعى الأصل، وقول الخرقي: قبل الدخول وبعده. احترازاً من قول مالك والفقهاء السبعة: إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج وقوله: ما ادعت مهر مثلها. بناء على ما تقدم له، والله أعلم.

قال: وإذا تزوجها بغير صداق لم يكن لها عليه إذا طلقها قبل الدخول إلا المتعة.

ش: قد تقدم للخرقي رحمه الله فيما إذا تزوجها على محرم كالخمر ونحوه، ثم طلقها قبل الدخول أن لها عليه نصف المهر، وقال: فيما إذا فقد الصداق أن لها عليه المتعة فقط، وهذا إحدى الروايات عن أحمد رحمه الله، واختيار أبي محمد، والشيرازي، لقول الله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] نفى سبحانه الجناح من جهة الفرض عن التي لم تمس إلا أن يفرض لها فريضة، وأوجب لها المتعة، ثم أوجب بعد للمفروض لها نصف المفروض، وإطلاق الآتين يشمل من فرض لها مطلقاً، إلا أنه لما لم يمكن إعطاء نصف المفروض في التسمية الفاسدة، وجب نصف بدله، وهو نصف مهر المثل. (والرواية الثانية) لا يجب إلا المتعة في الصورتين، وهو اختيار الشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما، وأبي البركات، إذ التسمية الفاسدة وجودها كالعدم، فهي كمن لم يفرض لها، فلا يجب لها إلا المتعة لما تقدم (والرواية الثالثة) وهي أضعفها يجب نصف مهر المثل فيهما، وظاهر الآي يخالف ذلك.

(تنبيهان). أحدهما اختلف العلماء في تقدير الآية الكريمة السابقة، فمنهم من قدر (تفرضوا) معطوفاً على المجزوم، أي: ما لم تمسوهن أو ما لم تفرضوا لهن. واستشكل بأنه يصير معناه: لا جناح عليكم فيما يتعلق بمهور النساء في مدة انتفاء أحد هذين الأمرين، مع أنه إذا انتفى الفرض دون المسيس، لزم مهر المثل، وإذا انتفى المسيس دون الفرض لزم نصف المسمى، ومنهم من قدره منصوباً بأن مضمرة، وأو بمعنى (إلا) أي ما لم تمسوهن إلا أن تفرضوا لهن فريضة، أو: إلى أن تفرضوا لهن فريضة، وهذا قول الزمخشري وهو جيد، ومنهم من جعل (أو) بمعنى الواو، أي ما لم تمسوهن وتفرضوا، وهذا أيضاً في المعنى صحيح (الثاني) تخصيص الخرقي هذه بوجوب المتعة ظاهره أنه لا متعة لغيرها، وهو المشهور عن أحمد والمختار للأصحاب من الروايات، لأن الله سبحانه قسم النساء قسمين، فجعل للتي لم يفرض لها ولم يسم المتعة، وجعل للمفروض لها نصف المفروض، وظاهره أنه لا زيادة لها على ذلك لعموم ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ﴾ [البقرة: ٢٣١] أو تحمل هذه الآية على الاستحباب، وكذلك قول النبي ﷺ: (أمتعكن) ونقل عنه حنبل، لكل مطلقة متاع، للآيتين الكريمتين،

وإليها ميل أبي بكر، وقال: العمل عليها عندي. لولا تواتر الروايات عنه بخلافها، والله أعلم.

قال: على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، فأعلاه خادم، وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلي فيها، إلا أن يشاء أن يزيدها، أو تشاء هي أن تنقصه.

ش: متى تراضيا في المتعة على شيء اتبع ما تراضيا عليه إذا كانا من أهل التراضي، إذ الحق لهما لا يعدوهما، وإن تنازعا رجع الأمر إلى الحاكم، فيعتبر حال الزوج، فيجعل على الموسع قدر سعته، وعلى المقتر قدر قتره، للآية يالكرمة، ثم المشهور والمختار من الروايات للخرقي، والقاضي، وجماعة من أصحابه أنها مقدرة الأعلى والأدنى، فأعلاها خادم، وأدناها كسوة يجزئها أن تصلي فيها.

٢٦٣١ ـ لأن ابن عباس ترجمان القرآن قال: أعلى المتعة خادم ثم دون ذلك النفقة، ثم دون ذلك الكسوة. رواه أبو حفص بإسناده.

٢٦٣٢ ـ وعن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه طلق امرأته تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء يعني متعها. وإنما اشترطنا في الكسوة أن تجزىء في الصلاة حملاً على الكسوة الواجبة بمطلق الشرع، وهي الكسوة في الكفارة (والرواية الثانية) يرجع إلى اجتهاد الحاكم في ذلك، لأن التقدير من الشرع، ولم يرد (والرواية الثالثة) وهي أضعفها هي متاع بقدر نصف مهر المثل، لأنها بدل عنه، ولا تليق هذه الرواية بمذهب أحمد، لأنه تنتفي فائدة اعتبار الموسع والمقتر ولا تبقى فائدة في إيجاب نصف مهر المثل أو المتعة إلا غايته أن ثم الواجب من النقدين، وهنا الواجب متاع، وهذه الرواية أخذها القاضي في روايتيه من رواية الميموني، وسأله كم المتاع؟ فقال: على قدر الجدة، وعلى من قال تمتع نصف صداق المثل، لأنه لو كان فرض لها صداقاً كان لها نصف الصداق، قال القاضي: وظاهر هذا أنها غير مقدرة، وأنها معتبرة بيساره وإعساره، وقد حكى قول غيره أن قدرها نصف مهر المثل ولم ينكره، وظاهر هذا أنه مذهب له انتهى، وهذا في غاية التهافت، لأنه إنما حكى مذهب غيره بعد أن حكى مذهبه، وإنما نقول على قول أنه حكى عن غيره قولاً يكون مذهباً له، إذا لم يبين في تلك الحكاية مذهبه، ثم يلزم من هذا أن يكون قال قولين مختلفين في وقت واحد، والله سبحانه أعلم.

قال: وإن طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك.

ش: إذا طالبته المرأة التي لم يفرض لها قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك، لأن حقها ثبت بالعقد، إذ النكاح لا يخلو من مهر، وظاهر كلام الخرقي أن هذه المطالبة عند الحاكم، لأنه الذي إليه الإجبار، وإذاً يفرض مهر المثل، لأنه بدل البضع فيقدر به كالسلعة إذا تلفت، فلو كانت المطالبة بغير حضرة الحاكم جاز ما اتفقا عليه،

إذ الحق لهما لا يعدوهما، والله أعلم.

قال: فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره، وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيت به.

ش: قوله: فرض. يحتمل أنه مبني للمفعول، والضمير راجع إلى الحاكم، ويرشحه أنه ساق ذلك بعد الإجبار، والإجبار مختص بالحاكم، ويحتمل أنه مبني للفاعل، والضمير راجع إلى الزوج، ويرجحه أن الضمير في قوله: وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيت به له، لأن الحاكم لا يفرض إلا مهر المثل، فعلى الثاني: متى فرض لها الزوج مهر المثل لم يكن لها غيره، لأنه الذي وجب لها بالعقد، وكذلك إن فرض لها أزيد منه بطريق الأولى، لكن قال أبو محمد: ولا يستقر لها ما لم ترض به، وفائدة عدم استقراره أنه لو مات قبل الدخول كانت باقية على عدم الفرض، فتجب لها المتعة، وإن فرض لها أقل من مهر المثل فرضيت وهي ممن يعتبر رضاها فلا شيء لها غيره، لأن الحق لها، وإن لم ترض رفع الأمر إلى الحاكم، وعلى الاحتمال الأول ـ وكذلك قد يجري على الثاني ـ إذا طلقت قبل الدخول لم يكن لها على ظاهر كلام الخرقي إلا نصف ما فرض لها، وهو إحدى الروايتين، اعتباراً بحالها الراهنة، وهي إذاً مفروض لها، فتدخل تحت قوله سبحانه: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] (والرواية الثانية) يسقط ما فرض لها، وتجب لها المتعة، نظراً إلى حالها في حال الابتداء، والله أعلم.

قال: ولو مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه، وكان لها مهر نسائها.

ش: قيد الشيخ رحمه الله هذا الحكم بقبل الإصابة وقبل الفرض، لأن ذلك محل التردد والخلاف، ولا نزاع في الإرث، لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [النساء: ١٢] الآية، وهذه زوجة بلا ريب، وأما تكميل المهر فهو المذهب بلا ريب.

٢٦٣٣ ـ لما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً، ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: لها صداق مثلها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث. فقام معقل بن سنان الأشجعي رضي الله عنه فقال: قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق ـ امرأة منّا مثل ما قضيت. ففرح بها ابن مسعود رضي الله عنه[1]. رواه الخمسة، وصححه جماعة منهم الترمذي، وهذا لفظه. (وعن أحمد رواية أخرى): لا يجب لها إلا نصف مهر المثل، قياساً لفرقة الموت على الطلاق، وهو باطل بالنص، وبأن الموت يتم به

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢١١٤، والنسائي ٦/ ١٢١، وابن ماجه حديث ١٨٩١، وأحمد ١/ ٤٣٠.

النكاح، ولذلك وجبت العدة به قبل الدخول، وكمل به المسمى، بخلاف الطلاق فيهما انتهى، وإذا أوجبنا المهر فإن الواجب مهر نسائها كما في الحديث، أي أقاربها، ثم هل يعتبر جميع أقاربها من قبل الأب والأم، كأختها وعمتها، وبنت أخيها، وكأمها وخالتها، وهو اختيار أبي بكر وأبي الخطاب، والشريف في خلافيهما، والشيرازي، لعموم الحديث، أو لا يعتبر إلا نساء العصبات كأختها ونحوها وهو اختيار أبي محمد قال: لأن في بعض الروايات: مهر نساء قومها. ولأن الشرف معتبر في المهر، وشرف المرأة بنسبها، وذلك بالأب لا بالأم؟ على روايتين، قال أبو محمد: وينبغي أن يعتبر الأقرب فالأقرب من نساء العصبات، فتقدم أخواتها، ثم عماتها، وعلى ذلك وتعتبر المساواة في العقل والدين، والجمال، وكل ما يختلف به المهر، حتى لو كان عادتهم التأجيل فرض مؤجلاً في أحد الوجهين، وفي الآخر: لا يفرض إلا حالاً، لئلا يخالف نظائره، وهو أبدال المتلفات، والله أعلم.

قال: وإذا خلا بها بعد العقد فقال: لم أطأها. وصدقته لم يلتفت إلى قولهما، وكان حكمهما حكم الدخول في جميع أمورهما إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً، أو في الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان.

ش: الخلوة بالمرأة بعد العقد في الجملة حكمها حكم الدخول في استقرار المهر وإن لم يطأ، على المذهب المعروف بلا ريب.

٢٦٣٤ ـ لما روى الإمام أحمد بسنده عن زرارة بن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا، وأرخى ستراً، فقد وجب المهر، ووجبت العدة.

٢٦٣٥ ـ ورواه أيضاً عن عمر وعلي رضي الله عنهما وهو مشهور عنهما، وكذلك عن زيد بن ثابت رضي الله عنه، عليها العدة، ولها الصداق، وهذه قضايا اشتهرت ولم ينقل إنكارها فكانت حجة، (وقيل عن أحمد) رواية أخرى أن المهر لا يتقرر إلا بالوطء.

٢٦٣٦ ـ ويحكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما لقوله سبحانه: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] والمطلقة قبل الدخول وقبل الوطء لم تمس، ومثله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] الآية، وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١] علل سبحانه منع الأخذ بالإفضاء، والإفضاء الجماع، والمعلل بوصف عدم عند عدمه، وأجيب بالطعن فيما روي عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم قال أحمد في حديث ابن عباس رضي الله عنه يرويه ليث وليس بالقوي، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث، وحنظلة أقوى من ليث، وقال ابن المنذر في حديث ابن مسعود رضي الله عنه منقطع وأما آيتا المس فيحتمل أن المراد بالمس

حقيقته وكنى به عن سببه وهو الخلوة، ويحتمل أن المراد به حقيقته أو الجماع، وغايته أنه يدل على أنه قبل المسيس لا يتكمل المهر، ولا تجب العدة، وهو شامل للخلوة ولغيرها، خرج منه الخلوة بقضاء الصحابة، وأما آية الإفضاء فلا نسلم أن المراد بالإفضاء الجماع، بل المراد الخلوة، نظراً إلى حقيقته، إذ هو مأخوذ من الفضاء وهو المكان الخالي، وكذلك يحكى عن الفراء أن المراد بالإفضاء الخلوة، ولو سلم أن ذلك كناية عن الوطء فإن المراد ـ والله أعلم ـ التشنيع والمبالغة في الانتهاء عن الأخذ في مثل هذه الحال أي كيف تأخذونه وقد حصل مباضعتكم لأزواجكم، ومثل ذلك يتعجب منه، وينكره أهل المروءات.

إذا تقرر هذا فقول الخرقي: وإذا خلا بها. معنى الخلوة أن يخلو بها بحيث لا يحضرهما مميز مسلم، ولو أنه أعمى أو نائم، قاله ابن حمدان في رعايتيه وقوله: بعد العقد. يشمل العقد الصحيح والفاسد، وهو منصوص أحمد، ومختار عامة أصحابه، لعموم قضاء الصحابة، ولأن الابتذال يحصل بالخلوة في العقد الفاسد، كما في الصحيح، وخالفهم أبو محمد فاختار عدم الوجوب في النكاح الفاسد، نظراً إلى أن العقد ليس بموجب، وإنما الموجب الوطء ولا وطء.

وقوله: فقال: لم أطأها. وصدقته لم يلتفت إلى قولهما، دفعا لوهم من يتوهم أن الحق لها فيسقط برضاها، وذلك لأن الخلوة يتعلق بها أيضاً حق لله تعالى كالعدة ونحوها، ثم قضاء الصحابة مطلق، ونقل عنه ابن بختان إذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل الصداق، وعليها العدة، إذ الصداق محض حقها.

وقوله: وكان حكمهما حكم الدخول، في جميع أمورهما إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً، أو في الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان. يعني في استقرار المهر كما تقدم، ووجوب العدة لقضاء الصحابة، وفي تحريم أختها، وأربع سواها إذا طلقها حتى تنقضي عدتها، قياساً على ما تقدم، لوجود مظنة الوطء، وفي ثبوت الرجعة له عليها في العدة، وإن ادعى أنه ما وطئها، على المنصوص والمختار للعامة، لعموم: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولم يثبت أبو بكر الرجعة بالخلوة، وفي نشر حرمة المصاهرة، وهو إحدى الروايتين، والمشهور خلافها، حملا لدخوله في قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] على الوطء.

واستثنى الخرقي الرجوع إلى المطلق ثلاثاً.

٢٦٣٧ ـ لحديث امرأة رفاعة القرظي «لا حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك»(١) واستثنى أيضاً الإحصان، فلا يثبت بها، لأن النبي ﷺ قال: «الثيب بالثيب»(٢) والثيوبة لا تحصل إلا بالوطء، ثم الحد يدرأ بالشبهة وكأن مراد الخرقي

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٦٣٩، ومسلم ١٠/٢.
(٢) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٦٠٩.

بقوله: حكمهما حكم الدخول، يعني فيما يتعلق بالنكاح، فلا يرد عليه الغسل، فإنه لا يجب بها، ولا الخروج من الفيئة لأنه من باب الأيمان، والذي حلف عليه الوطء ولم يوجد، ولا تفسد بها العبادات، ولا تجب بها الكفارات حيث وجبت، نعم قد يرد عليه ما إذا خلا بها بعد ضرب المدة في العنة، فإنه لا يخرج من العنة، وبالوطء يخرج.

(تنبيه) الخلوة المعتبرة هي خلوة من يطأ مثله، بمن يوطأ مثلها، مع علم الزوج بها كما نص عليه أحمد في المكفوف يتزوج امرأة فأدخلت عليه، فأرخى الستر، وأغلق الباب، فإن كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق، وقد أهمل أبو البركات هذا الشرط، ولو خلا بشرطه فمنعته الوطء لم يتقرر الصداق، والله أعلم.

قال: وسواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان، أو حائض، أو سالمان من هذه الأشياء.

ش: يعني أنه لا يشترط للخلوة خلوها من مانع، ومثل الخرقي بالمانع الشرعي، وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في هذه المسألة (فعنه) فيها روايتان، إحداهما كما قال الخرقي، وهو مختار أصحابه في الجملة، لعموم قضاء الصحابة.

٢٦٣٨ ـ وعن عمر في العنين يؤجل سنة، فإن هو غشيها وإلا أخذت الصداق كاملاً، وفرق بينهما، وعليها العدة (وعنه) لا يكمل بها الصداق، لأن المانع إن كان من جهتها فلم يتمكن من تسليمها، فأشبه ما لو منعته من نفسها، وإن كان من جهته فمظنة الوطء منتفية، واعلم أن الأصحاب قد اختلفت طرقهم في هذه المسألة، بعد اتفاقهم فيما علمت أن المذهب الأول، (فمن زاعم) أن الروايتين في المانع سواء كان من جهته أو من جهتها، شرعياً كان كما تقدم، أو حسياً كالجب والرتق، وهذه طريقة أبي الخطاب في خلافه الصغير، وأبي البركات، (ومن زاعم) أن محلهما فيما إذا كان المانع من جهتها، أما إن كان من جهته فإن الصداق يتقرر بلا خلاف، وهذه طريقة القاضي في الجامع، والشريف في خلافه، (ومن زاعم) أن محلهما فيما إذا منع الوطء ودواعيه، كالإحرام والصيام، وهذه طريقة القاضي في المجرد فيما أظن وأبي علي ابن البنا، (ومن زاعم) أن محلهما في المانع الشرعي، أما المانع الحسي فيتقرر معه الصداق، وهذه طريقة القاضي في الروايتين، وهي قريبة من التي قبلها، ويقرب من ذلك طريقة أبي محمد في المغني، أن المسألة على ثلاث روايات، الثالثة إذا كان المانع متأكداً كالإحرام والصيام لم يكمل الصداق، وإلا كمل.

(تنبيه) لم يجر أبو البركات الخلاف في العدة، بل خصه بالصداق، وأجراه أبو محمد فيها والله أعلم.

قال: والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح، فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفى

لصاحبه عما وجب له من المهر ـ وهو جائز الأمر في ماله ـ برئ منه صاحبه.

ش: اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الذي بيده عقدة النكاح (فعنه) ما يدل على أنه الزوج، وعليه أصحابه، الخرقي، وأبو حفص، والقاضي، وأصحابه، لأن الذي بيده عقدة النكاح بعد الزواج هو الزوج، لأنه الذي يملك الطلاق، ثم العفو إذا أطلق إنما ينصرف إلى عفو الإنسان عما يملكه، والولي لا يملك من المهر شيئاً.

٢٦٣٩ ـ وروى الدارقطني[1] بإسناده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ أنه قال: «ولي العقدة الزوج».

ونقل عنه ابن منصور: إذا طلق امرأته وهي بكر، قبل أن يدخل بها، فعفى أبوها عن زوجها عن نصف الصداق، فما أرى عفوه إلا جائزاً، فأخذ من ذلك القاضي وغيره أن بيده عقدة النكاح، أي أنه الولي، لأنه الذي عقد عقدة النكاح، بعد الطلاق، والآية مسوقة في ذلك، وإرادة الزوج بذلك مجاز باعتبار ما كان، والأصل الحقيقة، والدليل على أن العقد هو العقدة قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَـٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥] وأيضاً العفو حقيقة عن شيء وجب، وذلك واضح في الزوجة والولي، لأنهما اللذان يجب لهما المهر، إذ قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي فعليكم نصف ما فرض، أو فالواجب نصف ﴿مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ أي النساء بلا نزاع ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ وهو الولي عما وجب له من القبض، وتسمية الزوج عافياً للمشاكلة مجاز، وعلى تقدير أنه ساق إليها المهر الأصل عدمه، ولأن الله سبحانه خاطب الأزواج مواجهة بقوله: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ ثم أتى بضمير الغيبة بقوله: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ﴾ فالظاهر أن الضمير لغيره، ولأن الله سبحانه بدأ بعفو الزوجة، وختم بعفو الزوج، فلو حمل (أو يعفو) على الزوج كان تكراراً، وهذا أظهر دليلاً.

فعلى الأولى أيهما عفى لصاحبه عما وجب له من المهر ـ وهو جائز التبرع في ماله برئ منه، وعلى الثانية من شرط الولي (أن يكون) أبا، لكمال شفقته، وعدم تهمته، ولهذا قلنا: له أن يزوجها بدون مهرها، (وأن تكون) بكرا على ظاهر كلام أحمد، وصرح به غيره لملك إجبارها وقبض مهرها في رواية، وغفل أبو محمد في المقنع عن هذا الشرط تبعاً لأبي الخطاب، (وأن تكون) مطلقة قبل الدخول، فلا يصح عفوه قبل الطلاق ولا بعد الدخول، لأن الآية وردت في ذلك.

(قلت): وفي معنى المطلقة قبل الدخول كل مفارقة تنصف مهرها، وحكى ابن حمدان قولاً أن للأب العفو بعد الدخول، ما لم تلد، أو تبقى في بيتها سنة، بناء والله

---

(١) سنن الدارقطني ٣/ ٣٧٩.

أعلم على بقاء الحجر عليها، واشترط أبو الخطاب وابن البنا، وأبو محمد في كتبه مع ذلك أن تكون صغيرة أو مجنونة، لأنها إذاً الذي يملك عقدة نكاحها مطلقاً، وظاهر كلام أحمد والقاضي عدم الاشتراط، وهو الذي أورده أبو البركات مذهباً، ولا يشترط كون الصداق ديناً، على ظاهر كلام أحمد والجمهور، وقيل بلى، حكاه ابن حمدان، نعم يشترط أن لا يكون مقبوضاً، وهذا مفهوم من كلامهم، لأنه يكون هبة لا عفواً.

(تنبيه) على هذه الرواية لو زوج ابنه الطفل أو المجنون وأقبض مهره، ثم رجع إليه بردة أو رضاع قبل الدخول، لم يجز عفوه عنه رواية واحدة، وكأن الفرق أن الأب أكسب البنت المهر، بالتزويج، فكان له العفو، بخلاف الصغير، فإنه لم يكسبه شيئاً، بل المهر رجع إليه بالفرقة، والله أعلم.

قال: وليس عليه دفع نفقة زوجته إذا كان مثلها لا يوطأ، أو منع منها بغير عذر، فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة.

ش: ليس على الزوج نفقة الزوجة إذا كان مثلها لا يوطأ، إذ النفقة في مقابلة الاستمتاع، ولهذا سقطت بالنشوز، وهذه يتعذر الاستمتاع بها شرعاً، وكذلك ليس عليه نفقتها إذا كان مثلها يوطأ ومنعت نفسها، أو منعها أولياؤها بغير عذر، لأنها إذاً ناشز، أو في معناها لمنعها من تسليم الواجب عليها، وتجب عليه النفقة إن كان المنع من قبله، لأن الواجب عليها قد فعلته.

وقول الخرقي: إذا كان مثلها لا يوطأ. يحترز به عما إذا كان مثلها يوطأ فإن النفقة تجب، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى في النفقات، وقوله: أو منع منها بغير عذر، يحترز عما إذا منع منها لعذر، كما إذا امتنعت حتى تقبض صداقها الحال حين العقد، أو حين الامتناع على وجه، فإن النفقة تجب لها، لأن المنع في الحقيقة من جهته، وقد صرح بذلك حيث قال: فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة، ويحتمل أن يريد بالمنع من قبله المنع بالاستمتاع، بأن يكون صغيراً أو مجنوناً ونحو ذلك، والأول أظهر، والله أعلم.

قال: وإذا تزوجها على صداقين سر وعلانية، أخذ بالعلانية، وإن كان السر قد انعقد النكاح به.

ش: إذا تزوج المرأة في السر بمهر، ثم عقد عليها في العلانية بأزيد منه، لزم مهر العلانية، على ما قاله الخرقي، ونص عليه أحمد، لأن الزوج وجد منه بذل الزائد بعد عقد السر، فلزمه، كما لو زادها في صداقها، وقال القاضي: الواجب المهر الذي انعقد به النكاح، سراً كان أو علانية، لأنه هو الذي ثبت به النكاح، والعلانية ليس بعقد حقيقة، إنما هو عقد صورة، والزيادة فيه غير مقصودة، وحمل القاضي كلام أحمد والخرقي على أن المرأة لم تقر بنكاح السر، وإذاً القول قولها، لأن الأصل عدم نكاح السر.

(تنبيه) قد حملنا كلام الخرقي على ما إذا كان العلانية أزيد وهو متأخر، بناء على الغالب وكلام أحمد رحمه الله جرى على ذلك، قال في رواية ابن منصور: إذا تزوج امرأة في السر بمهر وأعلنوا مهراً ينبغي لهم أن يفوا، ويؤخذ بالعلانية، ولو كان العلانية أزيد وهو متقدم، فهنا يرتفع الخلاف، ويؤخذ بالعلانية قولاً واحداً ولو كان أقل وهو متأخر أخذ بالسر، على مقتضى ما تقدم بلا ريب لأنه قد وجب بالعقد، ولا مقتضي للإسقاط، ولو كان أقل مع تقدمه، فمقتضى ما تقدم أن يجري فيه القولان السابقان، والله أعلم.

قال: وإذا أصدقها غنماً بعينها فتوالدت، ثم طلقها قبل الدخول، كانت أولادها لها، ويرجع عليها بنصف الأمهات، إلا أن تكون الولادة نقصتها، فيكون مخيراً بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها، أو يأخذ نصفها ناقصة.

ش: قد تقدم الكلام على هذا عند قوله: إذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر. والخرقي رحمه الله بين ثم الزيادة المتصلة، وهنا الزيادة المنفصلة، وقد تقدم الكلام على النوعين بما يغني عن إعادته، وقوله: بعينها. يحترز عن المبهمة، فإن التسمية إذاً فاسدة، والله أعلم.

قال: وإذا أصدقها أرضاً فبنتها داراً، أو ثوباً فصبغته، ثم طلقها قبل الدخول، رجع عليها بنصف قيمته وقت ما أصدقها، إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ، فيكون له النصف، أو تشاء هي أن تعطيه نصفه زائداً فلا يكون له غيره.

ش: إذا طلق المرأة قبل الدخول، وقد وصلت العين المصدقة بملكها كما مثل الخرقي، فإنها لا تجبر على زوال ذلك، لأنها وضعته، بحق، ويكون للزوج نصف القيمة، لتعذر الرجوع في نصف العين إلا بضرر يلحقها، والضرر منفي شرعاً، فإن اختار الزوج أن يدفع إليها نصف قيمة البناء أو الصبغ، ويكون له نصف المجموع فله ذلك، عند أبي محمد تبعاً للخرقي، لزوال الضرر عن المرأة، وصار هذا كالشفيع إذا أخذ بالشفعة بعد غرس المشتري أو بنائه، وبذل قيمة ذلك، فإن المشتري يلزمه القبول، وقال القاضي: ليس له إلا القيمة، وحمل كلام الخرقي على التراضي، حذاراً من إجبار المرأة على المعاوضة على ملكها بغير رضاها انتهى، فلو بذلت المرأة النصف بزيادته لزم الزوج قبوله، لأنه حقه وزيادة.

قلت: وقد يتخرج عدم اللزوم بما إذا وهب الغاصب تزويق الدار ونحوها للمغصوب منه، وهو أظهر في البناء، والله سبحانه أعلم.

قال: باب الوليمة

ش: حكى ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة أن الوليمة اسم لطعام العرس خاصة، لا يقع على غيره، قال أبو محمد: وقال بعض الفقهاء من أصحابنا

وغيرهم: الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث، إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر، قال: وقول أهل اللغة أقوى، لأنهم أهل اللسان، وأعرف بموضوعات اللغة انتهى، وقال السامري: سميت دعوة العرس وليمة لاجتماع الزوجين، ووليمة الشيء كماله وجمعه، والله أعلم.

قال: ويستحب لمن تزوج أن يولم ولو بشاة.

٢٦٤٠ ـ ش: في الصحيحين واللفظ لمسلم عن أنس بن مالك رضي الله عنه، أن النبي ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة، فقال: «ما هذا؟» قال: يا رسول الله تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب، قال: «فبارك الله لك، أولم ولو بشاة»(١) والشيخ رحمه الله حمل هذا الأمر على الاستحباب، موافقة لجمهور العلماء، لأنه طعام لسرور حادث، أشبه سائر الأطعمة، وقوله ﷺ: «ولو بشاة» التنكير هنا ـ والله أعلم ـ للتقليل، أي ولو بشيء قليل كشاة، فيستفاد من هذا أنه يجوز الوليمة بدون شاة.

٢٦٤١ ـ وقد جاء عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: ما أولم النبي ﷺ على شيء من نسائه ما أولم على زينب، أولم بشاة(٢). متفق عليه.

٢٦٤٢ ـ وجاء في البخاري(٣) أن النبي ﷺ أولم على بعض نسائه بمدين من شعير. ويستفاد من الحديث أن الأولى الزيادة على الشاة، لأنه جعل ذلك قليلاً، والخرقي تبع لفظ الحديث، والحكم جار عليه، والله أعلم.

قال: وعلى من دعي إليها أن يجيب.

ش: يعني إلى وليمة العرس، وهذا هو المذهب المعروف في الجملة، وقول عامة العلماء، حتى أن ابن عبد البر وغيره قال: لا خلاف في ذلك.

٢٦٤٣ ـ لما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعي أحدكم إلى الوليمة فليأتها»(٤) متفق عليه، في عدة أحاديث سيأتي بعضها إن شاء الله تعالى، وقيل: إنها فرض كفاية، لأنها إكرام وموالاة أشبه برد السلام، وقيل: إنها سنة كفعلها، والعمل على الأول، لكن يشترط للوجوب شروط (أحدهما) (أن يعين) الداعي المدعو بالدعوى، فلو لم يعينه كقوله: يا أيها الناس أجيبوا إلى الوليمة. ونحو ذلك لم تجب الإجابة بل تستحب، لأن الإجابة معللة بما فيها من كسر قلب الداعي، وإذا عمم فلا كسر (الثاني) أن يدعوه في اليوم الأول، لأن مطلق الأمر يحصل به.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٠٤٩، ٥١٦٧، ومسلم ٩/ ٢١٥.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٤٧٩١، ومسلم ٩/ ٢٢٥.
(٣) صحيح البخاري حديث ٥١٧٢.
(٤) أخرجه البخاري حديث ٥١٧٣، ومسلم ٩/ ٢٣٣.

٢٦٤٤ ـ وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «طعام أول يوم حق، وطعام يوم الثاني سنة، وطعام يوم الثالث سمعة، ومن سمع سمع الله به»[١] رواه الترمذي وقال: لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث زياد بن عبد الله، وهو كثير الغرائب المناكير، قال بعض الحفاظ: وزياد روى له البخاري مقروناً بغيره، ومسلم ويستحب في اليوم الثاني، قاله أبو محمد وابن حمدان، ولا يستحب في الثالث قاله أبو محمد، وقال ابن حمدان: يكره، وقال أحمد: الأول يجب، والثاني إن أحب، والثالث فلا. (الشرط الثالث) أن يكون مسلماً، فلا تجب الإجابة بدعوة الذمي، لأن الإجابة للمسلم للإكرام والموالاة، وتأكيد المودة، وذلك منتف في أهل الذمة، وتجوز إجابتهم، قاله أبو محمد.

٢٦٤٥ ـ وفي الحديث أن يهودياً دعا النبي ﷺ إلى خبز شعير، وإهالة سنخة، فأجابه[٢] (وعن أحمد) في جواز تهنئتهم وتعزيتهم وعيادتهم روايتان، فيخرج في إجابتهم كذلك، وقد خرجها أبو العباس في تسميتهم (الشرط الرابع) أن يكون المسلم ممن لا يجوز هجره، فإن كان ممن يجوز هجره ـ كالمبتدع ونحوه ـ لم تجب إجابته، لما تقدم في الذمي (الشرط الخامس) أن لا يكون في الدعوة منكر، فإن كان فيها منكر ـ كالزمر والخمر ـ ولم يقدر على إزالته لم يحضر، وإن قدر على إزالته وجب عليه الحضور والإنكار، للتمكن من الإتيان بالفرض، مع التمكن من الاتيان بفرض آخر (وقيل: يشترط) مع ذلك أن لا يخص بها الأغنياء، وأن لا يخاف المدعو الداعي ولا يرجوه، وأن لا يكون في المحل، من يكرهه المدعو، أو لا يليق به مجالسته، أو يكره هو المدعو.

٢٦٤٦ ـ وقد جاء عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «شر الطعام طعام الوليمة، يمنعها من يأتيها، ويدعى إليها من يأباها، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله»[٣] رواه مسلم وأكثر الأصحاب لا يشترطون هذا، والله أعلم.

قال: فإن لم يحب أن يطعم دعا وانصرف.

ش: الواجب الإجابة، أما الأكل فغير واجب.

٢٦٤٧ ـ لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ إذا دعي أحدكم فليجب، فإن شاء طعم، وإن شاء ترك»[٤] رواه أحمد ومسلم وأبو داود، ثم لا يخلو إما أن يكون صائماً أو مفطراً، فإن كان مفطراً استحب له الأكل، لأنه أبلغ في إكرام الداعي وجبر قلبه.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٣٧٤٥، وأحمد ٥/ ٢٨.
(٢) أخرجه أحمد في المسند ٣/ ٢٧٠.
(٣) أخرجه البخاري حديث ٥١٧٧، ومسلم ٩/ ٢٣٦.
(٤) أخرجه مسلم ٩/ ٢٣٥، وأبو داود حديث ٣٧٤٠، وأحمد ٣/ ٣٩٢.

٢٦٤٨ ـ لما روى هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعي أحدكم فليجب، فإن صائماً فليصل، وإن كان مفطراً فليطعم» رواه مسلم، وفي لفظ له أيضاً: «إذا دعي أحدكم إلى طعام وهو صائم فليقل: إني صائم»[١]، وإن كان صائماً فإن كان صومه واجباً لم يفطر، حذاراً من ترك واجب لما ليس بواجب، وإن كان متنفلاً فقيل: يستحب الأكل مطلقاً، لما فيه من إدخال السرور على قلب الداعي، مع جواز الخروج من الصوم.

٢٦٤٩ ـ وقد روي أن النبي ﷺ كان في دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية: فقال: إني صائم. فقال النبي ﷺ: «دعاكم أخوكم، وتكلف لكم، كل ثم صم يوماً مكانه إن شئت»[٢] وقيل: إن لم ينكسر قلب الداعي بعدم الأكل فإتمام الصوم أولى، لظاهر ما تقدم، ويستحب أن يعلمهم ويدعو لهم لما تقدم، إذ قوله ﷺ: «فليصل» أي يدعو.

٢٦٥٠ ـ وقد جاء عن ابن عمر أنه حضر وهو صائم، وقال: إني صائم[٣]. والله أعلم.

قال: ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون.

ش: يعني السلف الصالح، كالصحابة والتابعين.

٢٦٥١ ـ وقد روي عن عثمان بن أبي العاص رضي الله عنه أنه دعي إلى ختان فأبى أن يجيب، فقيل له، فقال: إنا كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ، ولا ندعى إليه. رواه أحمد[٤] لكنه ضعف، وظاهر كلام الخرقي أنها غير مستحبة، وقد نص أحمد والقاضي، وعامة أصحابه على أنها مباحة لا تكره، ولا تستحب لهذا الأثر وخالفهم أبو محمد في كتبه الثلاثة، فقطع باستحبابها، لما فيها من إطعام الطعام، وهو مندوب إليه في الجملة، وهذان القولان في سائر الطعام، وحكى ابن حمدان قولاً بكراهة دعوة الختان خاصة، ويحتمله كلام الخرقي رحمه الله، والله أعلم.

قال: ولا على من دعي إليها أن يجيب، وإنما وردت السنة في إجابة من دعي إلى وليمة تزويج.

ش: ظاهر هذا إن الإجابة إلى دعوة الختان مباحة، وهو منصوص أحمد، وقول القاضي وجماعة من أصحابه كعملها، ولحديث عثمان، وقال أبو محمد بالاستحباب، وهو الظاهر، بل لو قيل بالوجوب لكان متجهاً.

---

(١) أخرجه مسلم ٩/ ٢٣٦، وأبو داود حديث ٣٧٤٢، وأحمد ٢/ ٢٧٩.
(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤/ ٢٧٩.
(٣) أخرجه البخاري حديث ٥١٧٩، ومسلم ٩/ ٢٣٥.
(٤) المسند ١/ ٢١٧.

٢٦٥٢ ـ لعموم «إذا دعي أحدكم للوليمة فليأتها» «إذا دعي أحدكم فليجب، إذا دعي إلى طعام».

٢٦٥٣ ـ وفي مسلم في حديث ابن عمر: «إذا دعا أحدكم أخاه فليجب، عرساً كان أو نحوه»(١) وهذان القولان أيضاً في سائر الولائم، والله أعلم.

قال: والنثار مكروه، لأنه شبيه بالنهبة، وقد يأخذه من غيره أحب إلى صاحب النثار منه.

ش: هذا إحدى الروايتين، واختيار القاضي، والشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، لما علل به الخرقي رحمه الله، بأنه يأخذه من غيره أحب إلى صاحب الطعام منه، ولا يكون طيب القلب بأخذه، وذلك يورث شبهة، وبأنه شبيه بالنهبة والشبيه بالشيء يعطى حكمه.

٢٦٥٤ ـ ودليل الأصل ما روى عبد الله بن يزيد الأنصاري رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ نهى عن المثلة والنهبى(٢). رواه أحمد والبخاري.

٢٦٥٥ ـ وعن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من انتهب فليس منا»(٣) رواه أحمد والترمذي وصححه (والثانية) لا يكره، اختارها أبو بكر.

٢٦٥٦ ـ لأنه قد جاء أن النبي ﷺ حضر ملاك رجل من الأنصار الحديث، وفيه: وأقبلت السلال فيها الفاكهة والسكر، فنثر عليهم، فأمسك القوم ولم ينتهبوا، فقال رسول الله ﷺ: «ألا تنتهبون؟» قالوا: يا رسول الله نهيتنا عن النهبة يوم كذا وكذا، قال: «إنما نهيتكم عن نهبة العساكر، ولم أنهكم عن نهبة الولائم» رواه العقيلي، وضعفه عبد الحق الإشبيلي.

٢٦٥٧ ـ واعتمد أحمد رحمه الله على قول النبي ﷺ في البدنات لما نحرهن: «من شاء اقتطع»(٤) وحكم الالتقاط حكم النثار، والله أعلم.

قال: فإن قسم على الحاضرين فلا بأس بأخذه، لما روي عن أبي عبد الله أن بعض أولاده حذق، فقسم على الصبيان الجوز.

ش: لانتفاء المفسدة السابقة، مع أن فيه إطعام الطعام، وجبر قلب الصبي وتنشيطه، وتنشيط أمثاله، وذلك مصلحة محضة، ولذلك حسنه أبو محمد.

(تنبيه) الأطعمة التي يدعى إليها عشرة (أحدها) الوليمة طعام العرس (والثاني)

---

(١) أخرجه مسلم ٩/ ٢٣٥، وأبو داود حديث ٣٧٣٨، وأحمد ٢/ ٢٢.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٤٧٤، وأحمد ٤/ ٣٠٧.
(٣) أخرجه الترمذي ١٦٦٢، وأحمد ٣/ ١٩٧.
(٤) أخرجه أبو داود حديث ١٧٦٥، وأحمد ٤/ ٣٥٠.

الحذاق وهو الطعام عند حذاق الصبي (والثالث) العذيرة والإعذار للختان، وهذه الثلاثة ذكرها الخرقي (والرابع) الخرسة والخرس، لطعام الولادة (والخامس) الوكيرة، لدعوة البناء (والسادس) النقيعة لقدوم الغائب (والسابع) العقيقة الذبح لأجل الولد (والثامن) المأدبة كل دعوة لسبب كانت أو غيره (التاسع) الوضيمة طعام المأتم (العاشر) التحفة طعام القادم، والله سبحانه أعلم.

باب عشرة النساء والخلع

ش: الأصل في العشرة قول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ﴾ [النساء: ١٩] الآية، وقال سبحانه: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

٢٦٥٨ ـ قال ابن زيد: تتقون الله فيهن، كما عليهن أن يتقين الله فيكم.

٢٦٥٩ ـ وقال ابن عباس: إني لأحب أن أتزين للمرأة، كما أحب أن تتزين لي. وتلا هذه الآية: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ﴾.

٢٦٦٠ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «استوصوا بالنساء خيراً، فإن المرأة خلقت من ضلع أعوج، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء خيراً»[(١)] متفق عليه.

٢٦٦١ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه أيضاً قال: قال رسول الله ﷺ: «أكمل المؤمنين أحسنهم خلقاً، وخياركم خياركم لنسائهم»[(٢)] رواه أحمد والترمذي وصححه.

٢٦٦٢ ـ وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي» رواه الترمذي[(٣)] وصححه.

٢٦٦٣ ـ وعن أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة»[(٤)] رواه ابن ماجه والترمذي، وقال: حسن غريب.

٢٦٦٤ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا دعى الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء، فبات غضبان عليها، لعنتها الملائكة حتى تصبح»[(٥)] متفق عليه.

٢٦٦٥ ـ وعنه رضي الله عنه أيضاً أن النبي ﷺ قال: «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها» رواه الترمذي[(٦)]، وقال: حديث حسن.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٣٣٣١، ٥١٨٦، ومسلم ١٠/٥٧.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٤٦٨٢، وأحمد ٢/ ٢٥٠.

(٣) الجامع الصحيح ٣٩٨٦.

(٤) أخرجه ابن ماجه حديث ١٣٥٤، والترمذي ١١٧٠.

(٥) أخرجه البخاري حديث ٣٢٣٧، ٥١٩٣، ومسلم ١٠/٧.

(٦) الجامع الصحيح ١١٦٨.

ولهذه الأحاديث وشبهها وقوله تعالى: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨] قال العلماء: إن حق الزوج عليها آكد من حقها عليه.

والأصل في الخلع قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] الآية.

قال: وعلى الرجل أن يساوي بين زوجاته في القسم.

ش: هذا مما لا خلاف فيه والحمد لله، وقد تقدم قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ ومن المعروف التسوية بينهن.

٢٦٦٦ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من كانت له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً»(١) رواه الخمسة.

٢٦٦٧ ـ وعن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل، ويقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك»(٢) رواه الخمسة إلا أحمد. إذا تقرر هذا فمن عنده نسوة لا بد له أن يبدأ بواحدة منهن، وهن متساويات في الحق، واختيار واحدة منهن تفضيل لها، وهو ممنوع منه، فيتعين أن يبدأ بواحدة بالقرعة، كما لو أراد السفر بواحدة منهن، كما شهدت به السنة، ويقسم ليلة ليلة، ولا يقسم أربعاً أربعاً إلا برضاهن، وفي اعتبار رضاهن في الليلتين والثلاث وجهان.

وقول الخرقي: وعلى الرجل. يشمل المريض والمجبوب، والخصي والعنين، وهو كذلك، إذ القسم للأنس، وهو حاصل ممن ذكر، ولا يدخل في كلامه المجنون، لعدم تعلق الخطاب التكليفي به، وقال أبو محمد: إن لم يخف منه طاف به الولي، وإن خيف منه فلا قسم عليه، لانتفاء الأنس، وعلى الأول قال فإن لم يعدل الولي في القسم بينهن ثم أفاق الزوج، قضى للمظلومة؛ لأنه حق ثبت في ذمته.

وقوله: أن يساوي بين زوجاته في القسم. يتناول من له زوجات وقسم بينهن، ولا نزاع في ذلك كما تقدم، أما من له زوجة واحدة، أو له زوجات ولم يقسم بينهن، فهل عليه قسم الابتداء، بأن يبيت عند الزوجة أو الزوجات ليلة من أربع؟ فيه قولان مبنيان على وجوب الوطء، وفيه روايتان، ومحلهما إذا لم يترك الوطء ضراراً، أما إن تركه ضراراً فيجب القسم، والله أعلم.

قال: وعماد القسم الليل.

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢١٣٣، والنسائي ٧/ ٦٣، وابن ماجه حديث ١٩٦٩، وأحمد ٢/ ٣٤٧، ٤٧١.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢١٣٤، والنسائي ٧/ ٦٤، وابن ماجه حديث ١٩٧١.

ش: لأن الليل للسكن والإيواء، قال سبحانه: ﴿وَمِن رَّحْمَتِهِۦ جَعَلَ لَكُمُ ٱلَّيْلَ وَٱلنَّهَارَ لِتَسْكُنُواْ فِيهِ وَلِتَبْتَغُواْ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [القصص: ٧٣] فالليل محل السكن، والنهار للمعاش ونحو ذلك، وهذا فيمن معاشه بالنهار كما هو الغالب، أما من معاشه بالليل، كالحارس ونحوه، فإن نهاره كليل غيره، وليله كنهار غيره، والنهار تبع لليل في القسم.

٢٦٦٨ ـ قالت عائشة رضي الله عنها: مات رسول الله ﷺ في بيتي، وفي يومي[١]. وموته ﷺ كان في النهار، ويتبع اليوم الليلة الماضية، بدليل أن أول الشهر الليل، وإن أحب أن يجعل النهار تبعاً لليله الذي يتعقبه جاز، لعدم التفاوت، والله أعلم.

قال: ويقسم لزوجته الأمة ليلة وللحرة ليلتين.

٢٦٦٩ ـ ش: لما روى الدارقطني[٢] ـ واحتج به الإمام أحمد ـ عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول: إذا تزوج الحرة على الأمة، قسم للأمة ليلة، وللحرة ليلتين.

(تنبيه) يقسم للمعتق بعضها بحساب ذلك، والله أعلم.

قال: وإن كانت كتابية.

ش: أي وإن كانت الحرة كتابية يقسم لها كما يقسم للمسلمة؛ لأن القسم من حقوق الزوجية، أشبه النفقة والسكنى، وقد شمل كلام الخرقي الرتقاء والمريضة، والحائض والمحرمة، والمظاهر منها والصغيرة، وهو كذلك إذ القصد الأنس والسكن، وهو حاصل لهن، نعم شرط أبو محمد في الصغيرة إمكان وطئها، والمجد تمييزها، وشمل أيضاً المجنونة، والشيخان يقيدان ذلك بما إذا لم يخف منها، أما إن خيف منها فلا قسم لها.

(تنبيه) الحق في القسم للأمة دون السيد، فلها أن تهب ليلتها لزوجها أو لبعض ضرائرها، وليس ذلك للسيد، وزعم القاضي أن قياس قول أحمد استئذان سيد الأمة كما في العزل، والله أعلم.

قال: وإذا سافرت زوجته بغير إذنه فلا نفقة لها ولا قسم.

ش: هذا مما لا خلاف فيه ولله الحمد؛ لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بفعلها، أشبه ما لو لم تسلمه نفسها ابتداء، والله أعلم.

قال: وإن كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك.

ش: إذا كان هو سفرها فهي على حقها من النفقة والقسم، لأن المنع جاء من

(١) أخرجه البخاري حديث ٤٤٥٠، ٥٢١٧، ومسلم ١٥/٢٠٧، وأحمد ٦/٤٨.
(٢) سنن الدارقطني ٣/ ٢٨٥.

جهته، لا من جهتها، فلم يسقط حقها، كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من الثمن.

(تنبيه) الخرقي رحمه الله ذكر ما إذا سفرها هو، أو سافرت بغير إذنه، وبقي إذا سافرت بإذنه لمصلحتها، وفي بعض نسخ الخرقي: وإذا سافرت زوجته بإذنه، وعليها شرح أبو محمد، وبالجملة في المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) وهو اختيار القاضي وأبي محمد ـ لا قسم لها ولا نفقة، لما تقدم في المسألة قبل، (والثاني) هما لها، لأنه لما أذن لها كأنه رضي بإسقاط حقه، وبقاء حقها (والثالث) لها النفقة دون القسم، كما لو سافر عنها، والله أعلم.

قال: وإذا إراد سفراً فلا يخرج معه منهن واحدة إلا بقرعة.

ش: إذا أراد سفراً وأخذ بعض نسائه دون بعض، فإنه لا يجوز له أخذ إحداهن إلا بقرعة، لتساويهن في الحق، وحذاراً من الميل.

٢٦٧٠ ـ وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان إذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين أزواجه، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه[١]. ويستثنى من ذلك إذا رضي الزوجات بسفر واحدة معه، فإنه يجوز بلا قرعة، إذ الحق لهن، نعم إذا لم يرض الزوج بها، وأراد غيرها صير إلى القرعة، والله أعلم.

قال: فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن.

ش: أي إذا قدم من السفر ابتدأ القسم بين النسوة، ولم يقض للمقيمات؛ لأن عائشة رضي الله عنها لم تذكر قضاء في حديثها؛ ولأن ما يحصل للمسافر بها من السكن، يقابله ما يحصل لها من المشقة والتعب، والحديث مسكوت فيه عن القضاء، وقيل: يقضي في سفر النقلة دون سفر الغيبة، وقيل: يقضي في السفر القريب دون البعيد، ومحل الخلاف في زمان السير، أما ما تخلل السفر أو تعقبه من الإقامة، فإن أبا البركات قال: يقضيه. وأطلق، وشرط أبو محمد للقضاء أن يقيم مدة يمتنع فيها من القصر، وكلام الخرقي يشمل فيما إذا سافر بقرعة، أما إن سافر بغير قرعة فإنه يقضي للبواقي، قاله غير واحد، وقال أبو محمد: ينبغي أن يقضي مدة الإقامة لا زمان السير، والله أعلم.

قال: وإذا أعرس على بكر أقام عندها سبعاً ثم دار، ولا يحتسب عليها بما أقام عندها، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً، ولا يحتسب أيضاً عليها بما أقام عندها.

٢٦٧١ ـ ش: الأصل في ذلك ما في الصحيحين عن أبي قلابة عن أنس رضي الله عنهما قال: من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً، وإذا تزوج

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٥٩٣، ٤٧٥٠، ومسلم ١٧/ ١٠٢.

الثيب على البكر أقام عندها ثلاثاً ثم قسم» قال أبو قلابة: ولو شئت لقلت: إن أنساً رفعه إلى رسول الله ﷺ[(١)].

٢٦٧٢ ـ وفي الدارقطني[(٢)] عن أنس قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للبكر سبعة أيام وللثيب ثلاثة ثم يعود إلى نسائه».

٢٦٧٣ ـ وعن أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ لما تزوجها أقام عندها ثلاثة أيام، وقال: «ليس بك هوان على أهلك، فإن شئت سبعت لك، وإن سبعت لك سبعت لنسائي»[(٣)] رواه أحمد ومسلم وأبو داود، والدارقطني[(٤)] ولفظه: أن النبي ﷺ قال حين دخل بها: «ليس بك هوان على أهلك، إن شئت أقمت عندك ثلاثاً خالصة، وإن شئت سبعت لك وسبعت لنسائي» قالت: تقيم معي ثلاثاً خالصة.

وعموم كلام الخرقي رحمه الله وكلام غيره يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين الحرة والأمة، وصرح به أبو محمد في المغني، وفي الرعاية احتمال أن الأمة على النصف من الحرة، والخرقي رحمه الله وجماعة إنما صوروا المسألة فيما إذا تزوج امرأة على أخرى، والحديث إنما ورد في ذلك، وقد يقال: إن ذلك تنبيه على ما إذا لم يكن تحته زوجة، لأنه إذاً لا يسقط حق أحد، ثم إن الحكم معلل بإزالة الاحتشام ونحوه وهو شامل.

(تنبيه) لو أرادت الثيب أن يقيم عندها سبعاً فعل وقضاهن للبواقي للحديث، والله أعلم.

قال: وإذا ظهر منها ما يخاف معه نشوزها وعظها، فإن أظهرت نشوزاً هجرها، فإن أردعها وإلا فله أن يضربها ضرباً لا يكون مبرحاً.

ش: النشوز كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه، وسوء عشرته، مأخوذ من النشز وهو الارتفاع، فكأن كلا منهما ارتفع عما عليه، وإذا ظهر من المرأة ما يخاف معه نشوزها مثل أن تتثاقل إذا دعاها أو تجيب متبرمة متكرهة، وعظها بأن يذكر لها ما يلين قلبها من ثواب وعقاب، فيذكر لها ما وجب له عليها من الطاعة، وما عليها في مخالفته، لقول الله سبحانه: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] فإن أصرت على ذلك وأظهرت النشوز، بأن امتنعت من إجابته إلى الفراش، أو خرجت من بيتها بغير إذنه ونحو ذلك، هجرها في المضجع ما شاء، لقوله سبحانه: ﴿وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٥٢١٣، ومسلم ١٠/ ٤٥.

(٢) سنن الدارقطني ٣/ ٢٨٣.

(٣) أخرجه مسلم ١٠/ ٤٢، وأبو داود حديث ٢١٢، وأحمد ٦/ ٢٩٢.

(٤) سنن الدارقطني ٣/ ٢٨٣.

[النساء: ٣٤] وله هجرها في الكلام، لكن فيما دون ثلاثة أيام.

٢٦٧٤ ـ لقول النبي ﷺ: «لا يحل لمسلم يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام»[١] فإن أصرت على الامتناع فله أن يضربها، لقوله سبحانه: ﴿وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] ويضربها ضرباً غير مبرح، أي غير شديد.

٢٦٧٥ ـ لقول النبي ﷺ: «إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح»[٢] رواه مسلم وتقدير الآية الكريمة على هذا التقرير عند أبي محمد: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع، فإن أصررن فاضربوهن، كآية المحاربة، وفيه تعسف، ومقتضى كلام أبي البركات وأبي الخطاب أن الوعظ والهجران والضرب على ظهور أمارات النشوز، لكن على جهة الترتيب قال المجد: إذا بانت أماراته زجرها بالقول، ثم يهجرها في المضجع والكلام دون ثلاث، ثم يضرب غير مبرح، وهذا ظاهر الآية الكريمة، غايته أن الواو وقعت للترتيب، إما لأن ذلك من مقتضاه أو لدليل من خارج، وهو أن المقصود زوال المفسدة، فيدفع بالأسهل فالأسهل، فله أن يضربها ضرباً غير مبرح؛ فأجاز ضربها بمجرد العصيان، وهو مقتضى الحديث السابق، وقد قاله النبي ﷺ في خطبته بعرفة. ولو ترتب الضرب على الهجران لبينه، لأنه وقت حاجة، لتفرق الناس ورجوعهم إلى أوطانهم، والله أعلم.

قال: والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة، وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان، بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها، مأمونين برضى الزوجين وتوكيلهما، بأن يجمعا إن رأيا أو يفرقا، فما فعلا من ذلك لزمهما.

ش: قد تقدم إذا ظهر من المرأة النشوز أو أمارته، فإن خرجا من ذلك إلى العداوة، وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان، بعث الحاكم حكمين، إن رأيا المصلحة في الصلح أو التفريق بينهما فعلا، ولزم الزوجين فعلهما، لقول الله سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥] واختلف عن أحمد رحمه الله فيهما (فعنه) ما يدل على أنهما وكيلان للزوجين، لا يرسلان إلا برضاهما وتوكيلهما، فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا، هذا هو المشهور عند الأصحاب، حتى أن القاضي في الجامع الصغير والشريف، أبا جعفر، وابن البنا لم يذكروا خلافاً، ونصبه أبو الخطاب؛ ولأن البضع حق للزوج، والمال حق للمرأة، وهما رشيدان، فلم يجز لغيرهما التصرف عليهما إلا بوكالة منهما، كما في غير ذلك (وعنه) ما يدل على أنهما حكمان، يفعلان ما يريان من جمع أو

(١) أخرجه البخاري حديث ٦٠٦٥، ومسلم ١٦/١١٧.
(٢) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٦١٠.

تفريق، بعوض أو غيره، من غير رضى الزوجين، وهو ظاهر الآية الكريمة، لتسميتهما حكمين، ومخاطبتهما بقوله: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا﴾ [النساء: ٣٥] وعدم اشتراط رضى الزوجين.

٢٦٧٦ ـ وقد روى أبو بكر بسنده عن عبيدة السلماني، أن رجلاً وامرأة أتيا علياً رضي الله عنه مع كل واحد منهما فئام من الناس، فقال علي رضي الله عنه: ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها؛ فبعثوا حكمين، ثم قال علي رضي الله عنه للحكمين: هل تدريان ما عليكما من الحق، عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعلي. فقال الرجل: أما الفرقة فلا. فقال علي رضي الله عنه: كذبت حتى ترضى بما رضيت به.

٢٦٧٧ ـ ويروى أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة، فتخاصما، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان رضي الله عنه، فبعث حكماً من أهله عبد الله بن عباس، وحكماً من أهلها معاوية رضي الله عنه فقال ابن عباس: لأفرقن بينهما. وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف: فلما بلغا الباب كانا قد أغلقا الباب واصطلحا، وعلى كلتي الروايتين يشترط في الحكمين (أن يكونا) من أهل العدالة، أما على الثانية فظاهر، وأما على الأولى فلأن الوكيل إذا كان منصوباً من جهة الحاكم فلا بد وأن يكون عدلاً (وأن يكونا) عالمين بالجمع والتفريق؛ لأنهما منصوبان لذلك، وهل تشترط حريتهما؟ فيه وجهان مبنيان عند أبي حمدان، وذلك يمنع البناء، ويشترط (أن يكونا) ذكرين، قاله أبو محمد؛ لأن ذلك يفتقر إلى رأي ونظر، والمرأة بمعزل عنهما، وقد يقال بالجواز على الرواية الثانية، والأولى أن يكونا من أهلهما، لإرشاد الرب سبحانه لذلك، لكونهما أشفق عليهما، وأدعى لطلب الحظ لهما، ولا يجب، لأن القرابة لا تشترط في الوكالة، ولا في الحكم، وينبني على الروايتين أنه إذا غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين فعلى الأولى لا ينقطع نظرهما، إذ الوكالة لا تبطل بالغيبة، وعلى الثانية فيه احتمالان، حكاهما في الهداية (أحدهما) ـ وقطع به أبو محمد، وأورده أبو البركات مذهباً ـ ينقطع، إذ كل من الزوجين محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا يجوز (والثاني) لا ينقطع، إذ المغلب في الحكم الحكم على كل منهما، وإن جن الزوجان انقطع نظرهما على الأولى، بناء على أن الوكالة تبطل بالجنون على المذهب، وعلى الثانية لا ينقطع قاله أبو محمد تبعاً لأبي الخطاب في الهداية، وأورده أبو البركات مذهباً، وجزم أبو محمد في الكافي والمغني بامتناع الحكم، معللاً بأن من شرط الحكم بقاء الشقاق، ولا يتحقق ذلك مع الجنون، ويظهر أن التعليل هنا كالتعليل في الفرع الذي قبله، والله أعلم.

قال: والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل، وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا

بأس أن تفتدي نفسها منه.

ش: إذا كرهت المرأة زوجها لخلقه أو خلقه، أو دينه أو كبره ونحو ذلك، وخشيت أن لا تقوم له بما يجب له عليها، فلا بأس أن تفتدي نفسها منه بعوض، لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

٢٦٧٨ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» فقالت: نعم. فقال رسول الله ﷺ: «اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة»[1] رواه البخاري والنسائي، وفي لفظ: ولكن أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضاً. ويسمى هذا خلعاً، أخذا من خلع الثوب، كأنها تنخلع من لباس زوجها.

قال: ولا يستحب له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها.

٢٦٧٩ ـ ش: لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت: ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق، ولكني أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضاً. فقال لها النبي ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم. فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد؛ رواه ابن ماجه[2].

٢٦٨٠ ـ وعن أبي الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله بن أبيّ ابن سلول، وكان أصدقها حديقة، فقال النبي ﷺ: «أتردين عليه حديقته التي أعطاك» قالت: نعم وزيادة. فقال النبي ﷺ: «أما الزيادة فلا ولكن حديقته» قالت: نعم. فأخذها له وخلا سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله ﷺ. رواه الدارقطني[3] بإسناد صحيح، وقال: سمعه أبو الزبير من غير واحد.

وظاهر كلام الخرقي أن هذا على سبيل الاستحباب، وأنه لو أخذ أكثر مما أعطاها جاز الخلع، وهذا هو المنصوص والمختار لعامة الأصحاب، لعموم: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وحملا للمنع في الحديث على الكراهة، ومنع أبو بكر من ذلك، وأوجب رد الزيادة، أخذاً بظاهر الحديث، وقصراً للعام على بعض أفراده وملخصه أنه لا بد من مخالفة ظاهر، وإنما النظر في أي الظاهرين أولى بالحمل عليه، والله أعلم.

قال: ولو خالعته لغير ما ذكرناه كره لها ذلك ووقع الخلع.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٥٢٧٣، والنسائي ٦/ ١٦٩.

(٢) سنن ابن ماجه حديث ٢٠٥٦.

(٣) سنن الدارقطني ٣/ ٢٥٥.

ش: أي لغير البغض وكراهة منع حقه، وهو أن يكون الحال بينهما مستقيمة، والمذهب المنصوص المشهور المعروف ـ حتى أن أبا محمد حكاه عن الأصحاب ـ وقوع الخلع مع الكراهة، لعموم قول الله سبحانه: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ﴾ [النساء: ٤] (وعن أحمد) ما يدل على عدم الجواز، قال: الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل، فتعطيه المهر فهذا الخلع، وظاهر هذا أن غير هذا ليس بخلع، وفيه أيضاً دليل لقول أبي بكر في المسألة قبل، وإلى هذا ميل أبي محمد قال: الحجة مع من حرمه، وذلك لقول الله سبحانه: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] منع سبحانه من الأخذ مطلقاً، واستثنى منه صورة، فيبقى فيما عداها على مقتضى المنع، ثم قال سبحانه: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] مفهومه أن الجناح لاحق بها إن افتدت من غير خوف ثم أكد سبحانه وتعالى بقوله: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

٢٦٨١ ـ وفي السنن: «أيما امرأة سألت الطلاق من غير ما بأس عليها فحرام عليها رائحة الجنة»(١) وقوله سبحانه: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا﴾ [النساء: ٤] الضمير راجع إلى الصداق، وهذا الشيء منه لا بد وأن يكون بعضه، وإذاً لا دليل في الآية، أو محمول على غير حال العقد، ولا يلزم من الإباحة بغير عقد الإباحة بعقد، بدليل الربا، ثم إن الله سبحانه قال: ﴿فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤] ولا هناءة مع الكراهة، فكيف يستدل به.

ومما قد يدخل تحت كلام الخرقي إذا عضلها لتفتدي نفسها، فإنه خلع لغير ما ذكره، لكن لا نزاع عندنا في عدم صحة هذا للآية الكريمة: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٩] نعم يستثنى من ذلك صور (إحداها) إذا زنت له أن يعضلها لتفتدي، لقوله سبحانه: ﴿إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: ١٩] (الثانية) إذا ضربها على نشوزها ونحو ذلك لم يحرم خلعها لذلك، لأنها إذا لم تجبه لما يجب له عليها فقد خافت ألا تقيم حدود الله (الثالثة) إذا ضربها ظلماً لا لقصد الافتداء لم تحرم مخالعتها، قاله أبو محمد، وهو مقتضى كلام غيره، لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها، نعم عليه إثم الظلم بلا ريب، وحيث قلنا بعدم صحة الخلع فإن النكاح بحاله، والعوض مردود، إلا إن جعلناه طلاقاً فإنه يكون رجعياً، والله أعلم.

قال: والخلع فسخ في إحدى الروايتين، والرواية الأخرى أنه تطليقة بائنة.

ش: الرواية الأولى هي المشهورة في المذهب، واختيار عامة الأصحاب،

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٢٦، وابن ماجه حديث ٢٠٥٥، وأحمد ٥/ ٢٧٧.

متقدمهم ومتأخرهم اعتماداً على ظاهر القرآن العظيم، فإن الله سبحانه قال: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وظاهره أن الخلع ليس بطلاق، وإلا يكون الطلاق أربعاً، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق، فكانت فسخاً كبقية الفسوخ، (ووجه الثانية) أن الخلع من كنايات الطلاق، وقد أتى به قاصداً للفراق، وكان طلاقاً كبقية الكنايات، ولقول النبي ﷺ في حديث ابن عباس رضي الله عنهما: «خذ الحديقة، وطلقها تطليقة» ويجاب عن هذا بأنه لا نزاع في أن له أن يأخذ العوض ويطلقها، وأنه إذا أتى بلفظ الطلاق أنه يكون طلاقاً، وإنما النزاع فيما وراء ذلك، والله أعلم، وعلى هذه الرواية لا كلام، أما على الأولى فهل الخلع فسخ مطلقاً أو بشرط أن لا ينوي به الطلاق؟ فيه روايتان أشهرهما الثانية، وعلى كل حال متى وقع بلفظ الطلاق فهو طلاق بلا ريب، وفائدة الخلاف أنا إذا جعلناه فسخاً لم ينقص عدد الطلاق، وإلا نقصه.

(تنبيه) ألفاظ الخلع الصريحة: خالعتك، وفاديتك، وفسخت نكاحك، وما عداها كأبنتك ونحوه كناية، والله أعلم.

قال: ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به.

٢٦٨٢ ـ ش: لأن ذلك قول ابن عمر وابن الزبير، رضي الله عنهم ولا يعرف لهما مخالف، ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد، فلم يلحقها طلاقه، كالمطلقة قبل الدخول، والمنقضية عدتها، وقوله: ولو واجهها به. يحترز من قول النعمان ومن وافقه أنه يلحقها الصريح المعنى، دون الكناية، والطلاق المزيل ككل امرأة له طالق، والله أعلم.

قال: ولو قالت له: اخلعني على ما في يدي من الدراهم، ففعل فلم يكن في يدها شيء، لزمها له ثلاثة دراهم.

ش: قد تضمن كلام الخرقي صحة الخلع بالمجهول، وهو المذهب المعمول به، لإطلاق قول الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦۗ﴾ ولأن الخلع ليس بمعاوضة حقيقة، وإنما هو إسقاط لحقه من البضع، وإذاً تدخله المسامحة، وقال أبو بكر: لا يصح الخلع، لأنه معاوضة، أشبه البيع، ولا تفريع على هذا، أما على الأول فمقتضى كلام الخرقي أنه إن كان في يدها دراهم فهي له وإن قلت، ولا شيء له سواها، لأن الذي خالعته عليه وهو شيء من الدراهم قد وجد، وإن لم يكن في يدها شيء فله ثلاثة دراهم، لأنه أقل الجمع حقيقة، بدليل ما لو وصى له بدراهم، ولأبي محمد احتمال أنه إذا كان في يدها دون الثلاثة دراهم لزمها ثلاثة، كما لو لم يكن في يدها شيء، والذي يظهر لي أن (من) هنا لبيان الجنس، وأنه إنما له ما في يدها، أو أقل ما يتناوله الاسم إن لم يكن في يدها شيء.

واعلم أن أبا البركات له في الخلع على المجهول تحرير حسن لم أره لغيره، وملخص ما قاله في هذه الصورة أن الذي قاله الخرقي على مختاره من صحة الخلع بغير عوض، أما إن قيل باشتراط العوض فهنا يجري قول أبي بكر بالبطلان، والمشهور خلافه، وعلى المشهور هل يجب كما تقدم أو يبطل المسمى ويجب مهر المثل أو إن وجد شيء فهو له، وإلا وجب مهر المثل؟ على ثلاثة أوجه، والله أعلم.

قال: ولو خالعها على غير عوض كان خلعاً ولا شيء له.

ش: هذا إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله، واختيار الخرقي، وابن عقيل في التذكرة، لأنه قطع للنكاح، فصح من غير عوض كالطلاق، ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن يوجد من المرأة رغبة عن زوجها، وتحتاج إلى فراقه فتسأله ذلك، فإذا أجابها فقد حصل المقصود منه (والثانية) لا يصح إلا بعوض، اختارها القاضي وجمهور أصحابه، أبو الخطاب، والشريف، والشيرازي وغيرهم، لأن الخلع الذي ورد في الكتاب والسنة ورد بعوض، والأصل عدم جواز ما عداه، ولأن الخلع (إن كان) فسخاً فالزوج لا يملك فسخ النكاح إلا لعيبها، بخلاف ما إذا دخله العوض فإنه يصير معاوضة، فلا يجتمع له العوض والمعوض، (وإن كان) طلاقاً فليس بصريح فيه اتفاقاً، وإنما هو كناية، والكناية لا بد فيها من النية أو ما يقوم مقامها، وهو والحال هذه بدل العوض، ولم يوجد واحد منهما، فعلى هذه الرواية إن خلا عن عوض لم يقع به شيء إلا حيث نجعله طلاقاً، فيكون طلاقاً رجعياً، والله أعلم.

قال: ولو خالعها على ثوب ونحوه فخرج معيباً، فهو مخير بين أن يأخذ أرش العيب أو قيمة الثوب ويرده.

ش: الخلع على ثوب ونحوه له حالتان (إحداهما) أن يكون معيناً وهو ينقسم قسمين منجزاً ومعلقاً، (فالمنجز) ـ وهو مراد الخرقي ـ أن يقول: خلعتك على هذا الثوب، فهذا إن لم يعلم به عيب حين العقد ثم اطلع على عيب فإنه يخير بين أخذ أرش العيب عوضاً عن الجزء الفائت، وبين رد الثوب وأخذ قيمته سليماً، لأن مقتضى المعاوضة أنه إذا رد الثوب رجع في مقابله وهو البضع، لكن ذلك متعذر، لأن البينونة إذا وقعت لا ترتفع، فيرجع ببدل ما رضي به، وهو الثوب، وفيه البحث السابق في الصداق، أنه كان ينبغي أن يرجع في بدل البضع وهو مهر المثل.

وفي المذهب: رواية أخرى أنه لا أرش له مع إمساكه كالرواية المذكورة في البيع والصداق، (والمعلق) أن يقول: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق. وهذا المنصوص عن أحمد، وهو اختيار الشيخين، لأنه إذا اطلع فيه على عيب فلا شيء له، تغليباً للشرط، وحكى أبو محمد عن الأصحاب أنه كالذي قبله، تغليباً للمعاوضة (والحال الثانية) أن يكون غير معين، وهو قسمان أيضاً (أحدهما) أن يكون موصوفاً بصفات السلم في الذمة، فهذا إذا سلمته إليه فوجد به عيباً (فله إمساكه) لأن غايته أنه قد رضي

بدون حقه، (ورده) وأخذ بدله، لأن الذي وجب له في الذمة سليم، فيرجع إليه (الثاني) أن يكون مجهولاً، كأن يخالعها على ثوب، فإن لم نشترط العوض فله أقل ما يتناوله الاسم، وإن اشترطناه فهل يصح الخلع والحال هذه؟ فيه وجهان، المذهب منهما الصحة، وعليه فهل يجب أقل ما يتناوله الاسم، أو قدر مهر مثلها؟ فيه وجهان، والله أعلم.

قال: وإذا خالعها على عبد فخرج حراً أو استحق كان عليها قيمته.

ش: لتعذر أخذه، والرجوع في البضع، وإذاً فيرجع في بدل ما رضي به، وهو قيمته، وفيه الاشكال السابق، وقول الخرقي: خرج حراً أو استحق. يحترز عما إذا خالعها على ما يعلمان أنه حر أو مغصوب، فإنه لا شيء له بلا ريب، لكن هل يصح الخلع أو يكون كالخلع بغير عوض؟ فيه طريقتان للأصحاب، (والأولى) طريقة القاضي في الجامع الصغير، وابن البنا، وابن عقيل في التذكرة، (والثانية) طريقة الشريف، وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي والشيخين، والله أعلم.

قال: ولو قالت له: طلقني ثلاثاً بألف، فطلقها واحدة لم يكن له شيء، ولزمتها التطليقة.

ش: أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه، لأنه أتى بلفظه الصريح، وأما الألف فلا يستحق منها شيئاً على المنصوص، والمجزوم به عند عامة الأصحاب، لأنها إنما بذلتها في مقابلة الثلاث، ولم تحصل، وصار كما لو قال: بعني عبديك بألف. فقال: بعتك أحدهما بخمسمائة. وفارق إذا قال: من رد عبيدي فله كذا. فرد بعضهم، فإنه يستحق بالقسط، لأن غرضه يتعلق بكل واحد من العبيد، وهنا غرضها يتعلق ببينونة كبرى وما حصلت، ولأبي الخطاب في الهداية احتمال أنه يستحق ثلث الألف، كما لو قال: من رد عبيدي الثلاثة فله ألف درهم. فرد أحدهم كان له ثلث الألف، فلو لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة، فقالت: طلقني ثلاثاً بألف. فطلقها الواحدة، فالذي عليه الأصحاب هنا فيما علمت أنه يستحق الألف، لأن الواحدة إذاً تحصل ما تحصل الثلاث من البينونة الكبرى، فالغرض الذي طلبته المرأة حاصل لها، ولأبي محمد في المقنع احتمال أنها إذا لم تعلم ليس له إلا ثلث الألف، لأنها مع العلم معنى كلامها: كمل لي الثلاث. بخلاف ما إذا لم تعلم، فإن الألف مبذولة في الطلقات الثلاث، فتقسطت عليها، والله أعلم.

قال: وإذا خالعته الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم كان الخلع واقعاً، ويتبعها إذا عتقت بمثله إن كان له مثل وإلا قيمته.

ش: إذا خالعته الأمة فلا يخلو إما أن يكون بإذن سيدها أو بغير إذنه، فإن كان بإذنه صح بلا ريب، كما لو أذن لها في تجارة أو نحوها، ومحل العوض كمحله في

استدانتها، يتعلق بذمة سيدها على المذهب، وإن كان بغير إذنه فهل يصح؟ فيه وجهان (أحدهما) ـ وهو مقتضى المحكي عن القاضي في المجرد، وأورده أبو البركات مذهباً ـ لا يصح، لأن الخلع عقد معاوضة، فلم يصح منها كالبيع ونحوه (والثاني) ـ وهو الذي قطع به الخرقي، والقاضي في الجامع الصغير، وأبو الخطاب في الهداية، والشريف وأبو محمد في كتبه الثلاثة ـ يصح، لأنه إذا صح الخلع مع الأجنبي فمع الزوجة أولى، والخلع يفارق البيع، بدليل صحته على المجهول، وبغير عوض على رواية، وغير ذلك، ويتخرج لنا (وجه ثالث) أنها إن خالعته في ذمتها صح، وعلى شيء في يدها لا يصح كبيعها، ويجوز في رواية تقدمت، وعلى القول بالصحة قال الخرقي وعامة من تبعه: تتبع بالعوض بعد العتق، لتعذر الأخذ منها في الحال، فيرجع عليها حين يسارها، وقال أبو محمد: إن وقع على شيء في الذمة فكذلك، وإن وقع على عين فقياس المذهب أنه لا شيء له، قال: لأنه إذا علم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين، فيكون راضياً بغير عوض، ويلزم من هذا التعليل بطلان الخلع على المشهور، لوقوعه بغير عوض، والله أعلم.

قال: وما خالع العبد به زوجته من شيء جاز.

ش: لأنه إذا صح طلاقه من غير عوض، فبعوض أولى وأحرى.

قال: وهو لسيده.

ش: يعني عوض الخلع الذي خالع به العبد لسيده، لأنه من كسبه، وكسبه لسيده، ولم يتعرض الخرقي لمن يقبضه، وقد يقال: إن ظاهر كلامه أن السيد هو الذي يقبضه، وهو اختيار أبي محمد، وصاحب النهاية، كبقية أملاك السيد، وظاهر كلام أحمد واختاره القاضي، أن للعبد قبضه، لأنه لما ملك العقد تبعه عوضه والله أعلم.

قال: وإذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع، وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة.

ش: مخالعة المريضة صحيحة بلا ريب، كبيعها ونحو ذلك، ثم إن كان المسمى قدر ميراثها منه فأقل فلا كلام، وإن كان أزيد وقف الزائد على إجازة الورثة، لأنها إذاً متهمة، لاحتمال قصدها أن يعطى الوارث زيادة على إرثه، فأشبه ما لو أقرت له، والله أعلم.

قال: ولو طلقها في مرض موته، وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث، فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها.

ش: هذا أيضاً من مشكاة الذي قبله، لأنه إذا أوصى لها بأكثر من ميراثها فهو متهم، لأنه يريد أن تبقى أجنبية ليتوصل إلى إعطائها أكثر من ميراثها، بخلاف ما إذا كان بالثلث فما دون، فإن التهمة منتفية انتهى، وفي بعض النسخ: ولو خالعها. وعليها

شرح أبو محمد، وهي أمس وفيها دلالة على صحة خلع المريض وهو واضح، لأنه يصح طلاقه، فمخالعته أولى، والله أعلم.

قال: ولو خالعته بمحرم وهما كافران، فقبضه ثم أسلما أو أحدهما، لم يرجع عليها بشيء.

ش: تخالع الكفار صحيح، لأنه يصح طلاقهم، فصح تخالعهم كالمسلمين، ثم إن كان العوض صحيحاً فواضح، وإن كان محرماً ـ كالخمر والخنزير ـ فإن قبضه الزوج فقد مضى حكمه، ولا شيء له وإن أسلم، كما لو تبايعا وتقابضا، ودليل الأصل قوله سبحانه: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وإن لم يقبضه فقال القاضي في الجامع الكبير: لا شيء له، لرضاه بما ليس بمال، أشبه المسلمين إذا تخالعا على ذلك، وقال في المجرد: يجب مهر المثل، لأن العوض فاسد، فرجع إلى قيمة المتلف، وهو مهر المثل، واختار أبو محمد أنه يجب قيمة ذلك عند أهله، لأنه إنما رضي بعوض، وقد تعذر العوض، فيرجع في بدله، وهذا قياس المذهب، كما لو خالعها على عبد فخرج حراً أو نحو ذلك، وفارق المسلم إذا خالع على ذلك، لأنه رضي بغير عوض، والله سبحانه أعلم.

كتاب الطلاق

ش: الطلاق لغة التخلية، يقال: طلقت الناقة. إذا سرحت حيث شاءت، وجلس فلان في الحبس طلقاً، إذا كان بغير قيد، والإطلاق الإرسال، وهو في الشرع راجع لذلك، لأنه حل قيد النكاح، ومن حل نكاحها فقد خليت، ويقال: طلقت المرأة وطلقت، بفتح اللام وضمها، تطلق بضم اللام فيهما، طلاقاً وطلقة، والله أعلم.

قال: وطلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جماع، واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها.

ش: طلاق السنة ما أذن فيه صاحب الشرع، وعكسه طلاق البدعة، ولا خلاف أن المطلق على هذه الصفة مطلق للسنة، قاله ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما، والأصل فيه قول الله سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ إلى قوله سبحانه: ﴿لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا﴾ [الطلاق: ١].

٢٦٨٣ ـ قال ابن مسعود في تفسيرها: طاهراً من غير جماع، ونحوه عن ابن عباس.

٢٦٨٤ ـ وفي الصحيحين أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء»[(١)] وفي رواية في الصحيحين أيضاً: «ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض فتطهر، ثم إن شاء طلقها طاهراً قبل أن يمس، فذلك الطلاق للعدة كما أمر الله تعالى»[(٢)].

وقول الخرقي: طاهراً. يخرج الحائض، وقوله: من غير جماع. يخرج الطاهر المصابة في الطهر، ولا نزاع أن طلاق هاتين للبدعة، وقد دل عليه ما تقدم، وقوله: واحدة ويدعها حتى تنقضي عدتها؛ يحترز عما لو طلقها أكثر من واحدة في طهر، أو طلق في كل طهر طلقة، وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

قال: ولو طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه كان أيضاً للسنة، وكان تاركاً للاختيار.

---

(١) أخرجه البخاري ٤٩٠٨، ٥٢٥١، ٥٣٣٢، ومسلم ١٠/٥٩، وأحمد ٢/٦.

(٢) انظر الحاشية السابقة.

ش: هذا (إحدى الروايتين) عن أبي عبد الله رحمه الله.

٢٦٨٥ ـ لأن في حديث فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة؛ وفي رواية: طلقها ثلاثاً. الحديث.

٢٦٨٦ ـ وكذلك امرأة رفاعة قالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي(١)؛ وظاهره وقوع الثلاث بكلمة واحدة.

٢٦٨٧ ـ وفي حديث المتلاعنين في الصحيح قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها. فطلقها عويمر ثلاثاً قبل أن يأمره النبي ﷺ(٢). وفي رواية لأبي داود: فطلقها ثلاث تطليقات عند رسول الله ﷺ، فانفذه رسول الله ﷺ، ولم ينقل أن النبي ﷺ أنكر ذلك، ولو لم يكن للسنة لأنكره (والرواية الثانية) وهي أنصهما أن جمع الثلاث بدعة، وهذا اختيار أبي بكر، وأبي حفص، والقاضي والشريف، وأبي الخطاب والشيرازي، والقاضي أبي الحسين وأبي محمد، لقول الله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ إلى قوله: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] ثم قال سبحانه: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا﴾ [الطلاق: ٢]، ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٤] ومن طلق ثلاثاً لم يبق له أمر يحدث، ولم يجعل له مخرجاً ولا يسراً.

٢٦٨٨ ـ قال مجاهد: كنت عند ابن عباس رضي الله عنهما، فجاءه رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً. قال: فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه، ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموقة، ثم يقول: يا ابن عباس، يا ابن عباس؛ وإن الله تعالى قال: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا﴾ وإنك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجاً، عصيت ربك، وبانت منك امرأتك، وإن الله تعالى قال: ﴿يَتَأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ﴾ رواه أبو داود(٣).

٢٦٨٩ ـ وعن محمود بن لبيد قال: أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فغضب ثم قال: «أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم» حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله؟ رواه النسائي(٤).

٢٦٩٠ ـ وأما حديث فاطمة بنت قيس ففيه في مسلم وأبي داود والنسائي أنها قالت: إن أبا حفص طلقها آخر ثلاث تطليقات، وفي رواية أخرى لهم: أنه بعث إليها بتطليقة كانت بقيت لها. وهذا يبين أن رواية: طلقها ثلاثاً. أو طلقها ألبتة، يعني أنه

(١) أخرجه البخاري حديث ٥٢٦٠، ومسلم ١٠/٢.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٥٢٥٩، ومسلم ١٠/١١٩.
(٣) سنن أبي داود حديث ٢١٩٧.
(٤) المجتبى ٦/١٤٢.

استوفى عدد طلاقها، وكذلك يحمل حديث ركانة، مع أنه لم يكن بحضرة النبي ﷺ حتى ينكر عليه، وأما حديث المتلاعنين فالمنع من الثلاث إنما كان حذاراً من سد الباب عليه، والملاعنة تحرم على التأبيد، فلا حاجة للمنع من الثلاث، (وعلى هذه) فهل المحرم جمع الثلاث في طهر واحد، فلو فرقها في ثلاثة أطهار لم يكن محرماً، أو لا فرق بين أن يجمعها في طهر واحد أو في ثلاثة أطهار؟ على روايتين (إحداهما) أن المحرم الجمع، لظاهر حديث ابن عمر الصحيح «مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك، وإن شاء طلق قبل أن يمس» (والثانية) لا فرق بين الجمع والتفريق، في أن الجميع بدعة.

٢٦٩١ ـ لما روى الدارقطني[1] عن الحسن قال: حدثنا عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض، ثم أراد أن يتبعها بتطليقتن أخريين عند القرئين، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله تعالى، إنك قد أخطأت السنة، والسنة أن تستقبل الطهر، فتطلق لكل قرء» قال: فأمرني رسول الله ﷺ فراجعتها، ثم قال: «إذا طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك» فقلت: يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها؟ قال: «لا كانت تبين منك وتكون معصية».

٢٦٩٢ ـ وعن علي رضي الله عنه قال: لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً، يطلقها ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثاً، فمتى شاء راجعها. رواه النجاد، وحديث ابن عمر محمول على حصول رجعة بعد الطلاق، وإذاً الطلاق بعد الرجعة للسنة بلا ريب، ويتلخص أن في المسألة ثلاث روايات (الثالثة) الجمع في الطهر الواحد بدعة، والتفريق سنة.

واعلم أن بين الشيخين نزاعاً في فرع آخر، وهو لو طلقها طلقتين، فعند أبي محمد أنه للسنة وإن كان الجمع بدعة، لكن الأولى عنده أن يطلق واحدة، وعند أبي البركات أنه كما لو جمع الثلاث، والله أعلم.

(تنبيه) أكثر الأصحاب على أن العلة في منع الطلاق في الحيض تطويل العدة، وخالفهم أبو الخطاب فقال: تطليقه في زمن رغبته عنها، قال أبو العباس: وقد يقال: إن الأصل في الطلاق النهي عنه، فلا يباح إلا وقت الحاجة، وهو الطلاق الذي تتعقبه العدة، لأنه لا بد من عدة، والعلة في منع الطلاق في الطهر المصاب فيه احتمال الحمل، فيحصل الندم، ولهذا إذا استبان حملها أبيح الطلاق، والعلة في جمع الثلاث سد الباب عليه، وعدم المخرج له، كما أشار إليه الكتاب العزيز، واختلف الأصحاب في الطلاق في الحيض، هل هو محرم لحق الله تعالى، فلا يباح وإن سألته، أو لحقها

(١) سنن الدارقطني ٤/ ٣١.

فيباح بسؤالها؟ على وجهين، (والأول) ظاهر إطلاق القرآن والسنة، وأما جمع الثلاث فمحرم عند من حرمه لحق الله، فلا يباح بسؤالها بلا نزاع نعلمه، والله أعلم.

قال: وإذا قال لها أنت طالق للسنة؛ وكانت حاملاً أو طاهراً طهراً لم يجامعها فيه؛ فقد وقع الطلاق، وإن كانت حائضاً لزمها الطلاق إذا طهرت، وإن كانت طاهرة مجامعة فيه فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة لزمها الطلاق.

ش: اللام في (للسنة) للوقت، فإذا قال: لها أنت طالق للسنة، أي لوقت السنة، فإذا كانت طاهراً غير مجامعة في ذلك الطهر، فقد وقع الطلاق، لوجود ظرفه، وهو وقت السنة، وكذلك إن كانت حاملاً.

٢٦٩٣ ـ لأن في مسلم والسنن من حديث ابن عمر رضي الله عنه: «مره فليراجعها طاهراً أو حاملاً» وفي لفظ: «إذا طهرت أو وهي حامل» وقال ابن عبد البر: لا خلاف بين العلماء أن الحامل طلاقها للسنة، ولأن المطلق والحال هذه داخل على بصيرة، فلا يخاف ظهور أمر يتجدد معه الندم. انتهى، وإن كانت حائضاً فهذا ليس بوقت للسنة، فتطلق، وكذلك إن كانت طاهرة مجامعة في الطهر، لم يوجد ظرف الطلاق، ثم هذا الطهر يتعقبه الحيض، وهو أيضاً وقت للبدعة لا للسنة، فإذا طهرت منه وجد وقت السنة فتطلق لوجود ظرفه.

وظاهر كلام الخرقي أن بمجرد الطهر يوجد وقت السنة، وإن لم تغتسل، وهذا هو المذهب، وقيل: لا يوجد حتى تغتسل، ولعل مبنى القولين على أن العلة في المنع من طلاق الحائض إن قيل تطويل العدة، وهو المشهور أبيح الطلاق بمجرد الطهر، وإن قيل الرغبة عنها لم يبح حتى تغتسل، لمنعها منه قبل الاغتسال، والله أعلم.

قال: ولو قال لها: أنت طالق للبدعة. وهي في طهر لم يصبها فيه، لم يقع الطلاق حتى يصيبها أو تحيض.

ش: هذه الصورة عكس التي قبلها، فإذا قال لزوجته: أنت طالق للبدعة. معناه لوقت البدعة، فإذا كانت في طهر لم يصبها فيه فهذا ليس بوقت للبدعة فلا تطلق، فإذا أصابها أو حاضت فقد وجد وقت البدعة فتطلق، هذا قول الأصحاب، واختار أبو البركات أنه إذا قال لها: أنت طالق للبدعة،وهي في زمن السنة أنها تطلق طلقتين في الحال إن قلنا: الجمع بدعة، لأنه لما لم يكن في وقت بدعة فالظاهر أنه لم يرد البدعة إلا من حيث العدد، ومعناه: أنت طالق طلاقاً للبدعة. أي موصوفاً بأنه للبدعة، وإذاً تطلق طلقتين، لأنه طلاق موصوف بالبدعة، والله أعلم.

قال: ولو قال لها وهي حائض ولم يدخل بها: أنت طالق للسنة، طلقت من وقتها، لأنه لا سنة فيه، ولا بدعة.

ش: قد ذكر الخرقي رحمه الله الحكم وأشار إلى علته بأنه لا سنة في هذا

الطلاق، أي طلاق غير المدخول بها ولا بدعة، وقد حكى ذلك ابن عبد البر إجماعاً في غير العدد، وذلك لما تقدم من أن العلة في المنع من الطلاق في الحيض طول العدة، وفي الطهر المجامع فيه خوف الندم بظهور الحمل، وغير المدخول بها لا عدة عليها، ولا ارتياب في حقها، ولو عكس فقال لغير المدخول بها: أنت طالق للبدعة، وهي طاهر طلقت في الحال لذلك، وكذلك حكم الآيسة والصغيرة، لا سنة لطلاقهما ولا بدعة، وكذلك الحامل المستبان حملها، على أشهر الروايتين، لما تقدم، والرواية الثانية تثبت سنة الوقت للحامل، لحديث ابن عمر رضي الله عنه المتقدم، وهو ظاهر كلام الخرقي السابق، ولهذا لم يقل إذا قال لها: أنت طالق للبدعة. أنها تطلق إذا كانت حاملاً، وعلى هذا إذا قال للحامل أنت طالق للبدعة. لم تطلق في الحال، حتى يوجد نفاس أو حيض.

(تنبيه) وقول الخرقي: لا سنة فيه ولا بدعة، أي من حيث الوقت، وكذا من حيث العدد على مختاره، وعلى الرواية الأخرى تثبت لهم السنة من حيث العدد، والله أعلم.

قال: وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع.

ش: طلاق الزائل العقل لجنون أو إغماء أو طفولية لا يقع.

٢٦٩٤ ـ لقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل» رواه أبو داود[1].

٢٦٩٥ ـ وقال علي رضي الله عنه: كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه. ذكره البخاري في صحيحه، مع أن هذا قد حكي إجماعاً والحمد لله، وقد يدخل في كلام الخرقي رحمه الله النائم، وهو أيضاً بالإجماع، وقد شهد له النص.

ومما يدخل في كلام الخرقي من تعاطى ما يزيل عقله لغير حاجة، كالبنج ونحوه، وقد اختلف المذهب في هذا، فألحقه ابن حامد وأبو الخطاب في الهداية، وأبو محمد بالسكران، وفرق أحمد بينهما، فألحقه بالمجنون، ووجه القاضي الفرق بأن الغالب من الناس أنهم يشربون لغير المعصية، بخلاف المسكر، والحكم يتعلق بالغالب، ولأن كثيراً ممن يشرب المسكر يظهر زوال العقل مع إثباته، فحكم بإيقاع الطلاق سداً للذريعة، بخلاف متعاطي البنج ونحوه، ومما قد يلحق بالبنج الحشيش الخبيثة، وأبو العباس يرى أن حكمها حكم الشراب المسكر، حتى في إيجاب الحد، ويفرق بينها وبين البنج، بأنها تشتهى وتطلب، فهي كالخمر، بخلاف البنج، فالحكم عنده منوط باشتهاء النفس وطلبها، والله أعلم.

قال: وعن أبي عبد الله رحمه الله في طلاق السكران روايات، إحداهن: لا

(١) سنن أبي داود حديث ٤٣٩٩.

يلزمه الطلاق، ورواية: يلزمه، ورواية يتوقف عن الجواب، ويقول: قد اختلف أصحاب رسول الله ﷺ فيه.

ش: الرواية الأولى اختيار أبي بكر، وابن عقيل فيما أظن، ونص عليها أحمد صريحاً في رواية جماعة، بل هي آخر قوليه على ما حكى عنه الميموني، قال: أكثر ما فيه عندي أنه لا يلزمه الطلاق، فقيل له: أليس كنت مرة تخاف أن يلزمه، قال: بلى ولكن أكثر ما عندي أنه لا يلزمه.

٢٦٩٦ ـ وذلك لقول عثمان رضي الله عنه: ليس لمجنون ولا لسكران طلاق.

٢٦٩٧ ـ وقال ابن عباس رضي الله عنه: وطلاق السكران والمستكره ليس بجائز. ذكرهما البخاري في صحيحه، وقال أحمد: حديث عثمان رضي الله عنه أرفع شيء فيه، وهو أصح يعني من حديث علي، وقال ابن المنذر: هذا ثابت عن عثمان ولا نعرف أحداً من الصحابة خالفه.

٢٦٩٨ ـ وقد جاء في حديث بريدة في قصة ماعز أنه قال: يا رسول الله ﷺ طهرني. قال: «مم أطهرك؟» قال: من الزنا. فسأل رسول الله ﷺ أبه جنون؟ فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال: «أشرب خمراً؟» فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر، فقال النبي ﷺ: «أزنيت؟» قال: نعم. فأمر به فرجم[١]. رواه مسلم والترمذي وصححه، وهذا ظاهر في أن وجود ريح الخمر منه يمنع من ترتب الحكم عليه، ويجعله في حكم المجنون، ولأنه زائل العقل، أشبه المجنون والنائم، ولأن شرط التكليف العقل وهو مفقود، ولا أثر لزوال الشرط بمعصيته، بدليل أن من كسر ساقه جاز أن يصلي قاعداً، ولا قضاء عليه، وكذلك لو ضربت المرأة بطنها فنفست، سقطت عنها الصلاة (والرواية الثانية) اختارها الخلال والقاضي، وعامة أصحابه، الشريف وأبو الخطاب، والشيرازي وغيرهم.

٢٦٩٩ ـ لأنه يروى عن النبي ﷺ: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه»، وعن علي رضي الله عنه مثله، ذكره البخاري في صحيحه.

٢٧٠٠ ـ وروى ابن وبرة الكلبي قال: أرسلني خالد إلى عمر رضي الله عنه، فأتيته في المسجد، ومعه عثمان وعلي وعبد الرحمن، وطلحة والزبير، فقلت: إن خالداً يقول: إن الناس انهمكوا في الخمر، وتحاقروا العقوبة؛ فقال عمر: هؤلاء عندك فسلهم، فقال علي رضي الله عنه: نراه إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون. فقال عمر: أبلغ صاحبك ما قال[٢]، فجعله الصحابة في حكم الصاحي، بدليل أنهم أوجبوا عليه حد المفتري، ولأن كثيراً ممن يتعاطى ذلك يظهر

---

(١) أخرجه مسلم ١١/١٩٩.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨/٣٠٢.

زوال العقل مع ثباته، فعومل معاملة الصاحي، سداً للذريعة.

ولا يخفى أن أدلة الرواية الأولى أظهر، إذ الحديث الأول وكذلك قصة ابن وبرة لم يذكر من رواهما، ولا يعرف صحتهما.

٢٧٠١ ـ ثم يضعف قصة ابن وبرة أن مذهب علي رضي الله عنه أن السكران إنما يجلد أربعين، وما ذكره البخاري عن علي رضي الله عنه في قوله: كل الطلاق جائز. فغايته عموم (والرواية الثالثة) نص عليها فيما أظن في رواية حرب، وقد ذكر وجه توقفه، وهو اختلاف أصحاب رسول الله ﷺ، وفي التحقيق لا حاجة إلى ذكر هذه الرواية، لأن أحمد حيث توقف فللأصحاب قولان، وقد نص على القولين، فاستغني عن ذكر رواية التوقف، واعلم أن الروايتين المتقدمتين يجريان في عتقه ونكاحه، وبيعه وردته، وسائر أقواله، وقتله وسرقته، وكل فعل يعتبر له العقل (وعنه) أنه كالمجنون في أقواله، وكالصاحي في أفعاله، لأن تأثير الفعل أقوى من تأثير القول ولهذا قلنا على رواية: إن الإكراه لا يؤثر في الأفعال (وعنه) رابعة أنه في الحدود كالصاحي، وفي غيرها كالمجنون، قال في رواية الميموني: تلزمه الحدود، ولا تلزمه الحقوق، وهذه اختيار أبي بكر، فيما حكاه عنه القاضي، ويلزم أن يقول اختياره في الطلاق عدم الوقوع، وذلك سداً للذريعة، وحذاراً من أن تنتهك محارم الله بالاحتمال، ويشهد لها أيضاً قصة ابن وبرة إن صحت (وعنه) رواية خامسة أنه فيما يستقل به مثل عتقه وقتله وغيرهما كالصاحي، وفيما لا يستقل به ـ مثل بيعه ونكاحه ومعاوضته ـ كالمجنون، حذاراً من أن يلزم غيره بقوله شيء، حكاها ابن حامد، قال القاضي: وقد أومأ إليها في رواية البرزاطي، وقد سأله عن طلاق السكران فقال: لا أقول في طلاقه شيئاً، قيل له: فبيعه وشراؤه؟ قال: أما بيعه وشراؤه فغير جائز.

قلت: ونقل عنه إسحاق بن هانيء ما يحتمل عكس هذه الرواية، فقال: لا أقول في طلاق السكران وعتقه شيئاً، ولكن شراؤه وبيعه جائز.

(تنبيه) السكر الذي يقع الخلاف فيه أن يخلط في كلامه، ولا يعرف فعله من فعل غيره، ونحو ذلك، قال سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] فجعل سبحانه علامة زوال السكر علمه بما يقول، ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الأرض ونحو ذلك، لأن ذلك لا يخفى على المجنون، والله أعلم.

قال: وإذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه.

ش: هذه إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار عامة أصحابه، الخرقي وأبي بكر، وابن حامد، والقاضي وأصحابه، كالشريف، وأبي الخطاب، وابن عقيل.

٢٧٠٢ ـ لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أتى النبي ﷺ عبد فقال:

يا رسول الله سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها. قال: فصعد رسول الله ﷺ المنبر فقال: «يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»(١) رواه ابن ماجه والدارقطني.

٢٧٠٣ ـ ولما يروى من قوله ﷺ: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه» المغلوب على عقله (والثانية) لا يقع طلاقه حتى يبلغ، لقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة» الحديث، وتقييد الخرقي الصبي بالعاقل ليخرج من لم يعقل، ولا نزاع في ذلك، ولينيط الحكم بالعقل، وكذا أكثر الروايات، وهو اختيار القاضي وغيره، (وعنه) تقييد ذلك بابن عشر، وهو اختيار أبي بكر، لجعله حداً للضرب على الصلاة ونحوها، ومعنى عقل الطلاق أن يعرف أن النكاح يزول به، ويلزم من هذا أن يكون مميزاً، والله أعلم.

قال: ومن أكره على الطلاق لم يلزمه شيء.

٢٧٠٤ ـ ش: لما يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» رواه ابن ماجه.

٢٧٠٥ ـ وعن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا طلاق ولا عتاق في غلاق» رواه أبو داود(٢) وهذا لفظه، وأحمد وابن ماجه، ولفظهما «في إغلاق» قال المنذري: وهو المحفوظ. قال أبو عبيد والقتيبي: معناه في إكراه. وقال أبو بكر: سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا: يريد الإكراه، لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه، وقد تقدم قول ابن عباس رضي الله عنه: إن طلاق السكران والمستكره ليس بجائز.

٢٧٠٦ ـ وعن قدامة بن إبراهيم، أن رجلاً على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه تدلى يشتار عسلاً فأقبلت امرأته فجلست على الحبل، فقالت: ليطقلها ثلاثاً، وإلا قطعت الحبل، فذكرها الله والإسلام فأبت، فطلقها ثلاثاً، ثم خرج إلى عمر رضي الله عنه فذكر ذلك له، فقال: ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق. رواه سعيد بن منصور، وأبو عبيد القاسم بن سلام، ويستثنى من هذا إذا كان الإكراه بحق، كإكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التربص، إذا لم يف، وإكراه الرجلين اللذين زوجهما وليان، ولم يعلم السابق منهما، لأنه قول حمل عليه بحق فصح، كإسلام المرتد.

وقول الخرقي: ومن أكره على الطلاق لم يلزمه شيء. ظاهره وإن نوى به الطلاق، وهو أحد القولين، نظراً إلى أن اللفظ مرفوع عنه بالإكراه، فإذاً تبقى نيته مجردة، (والقول الثاني) أنه بمنزلة الكناية، إن نوى به الطلاق وقع وإلا لم يقع،

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٠٨١، والدارقطني ٤/ ٧٤.

(٢) سنن أبي داود حديث ٢١٩٣.

حكاهما أبو الخطاب في الانتصار، وكذلك حكى شيخه عن أحمد ما يدل على روايتين، وجعل الأشبه الوقوع، وكذلك أورده أبو محمد مذهباً، ولا نزاع عند العامة أنه إذا لم ينو الطلاق، ولم يتأول بلا عذر، أنه لا يقع، ولابن حمدان احتمال بالوقوع والحال هذه، والله أعلم.

قال: ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب، مثل الضرب، أو الخنق أو عصر الساق، وما أشبهه، ولا يكون التواعد إكراهاً.

ش: هذا إحدى الروايتين، واختيار القاضي وجمهور أصحابه، الشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وغيرهم، ونص عليه أحمد في رواية الجماعة، وقال: كما فعل بأصحاب النبي ﷺ.

٢٧٠٧ ـ وكأنه يشير إلى قصة عمار رضي الله عنه فروي أن المشركين أخذوه فأرادوه على الشرك، فأعطاهم، فانتهى إليه النبي ﷺ وهو يبكي، فجعل يمسح الدموع عن عينيه، ويقول: «أخذك المشركون فغطوك في الماء، وأمروك أن تشرك بالله ففعلت، فإن أمروك مرة أخرى فافعل ذلك بهم» رواه أبو حفص، ووجه الدليل منه أن الرخصة وردت في مثل ذلك، فاقتصرت عليه، ولأن التواعد غير محقق، وغايته ظن، ولا يترك بالظن أمر متيقن (والرواية الثانية) يكون التواعد إكراهاً، اختارها ابن عقيل في التذكرة، وأبو محمد، لما تقدم عن عمر رضي الله عنه في الذي اشتار العسل، ولأن الإكراه إنما يتحقق بالوعيد، فإن الماضي من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه وإنما يباح الفعل المكره عليه دفعاً لما يتوعد به من العقوبة فيما بعد، (فعلى الرواية الأولى) شرط الضرب أن يكون شديداً، أو يسيراً في حق ذي مروءة، على وجه يكون إخراقاً، ومما يشبه الضرب، وعصر الساق القيد والحبس الطويلان، وأخذ المال الكثير، زاد في الكافي: والإخراج من الديار لا السب ونحوه رواية واحدة، قاله في المغني، وجعل في الكافي الإخراق ممن يغض ذلك منه إكراهاً، وفي تعذيب الولد قولان، وضبط أبو البركات ذلك بأن يكون مثله يتضرر بذلك تضرراً بيناً، ولا بد أن يستدام مع الفعل التوعد بذلك، (وعلى الرواية الثانية) شرط التواعد أن يكون بما تقدم من قادر يغلب على ظنه فعله إن خالفه، وعجزه عن دفعه وهربه واختفائه، وهل يستثنى على هذه الرواية التهديد بالقتل فيكون إكراهاً، لأنه لا يمكن تداركه بعد وقوعه؟، استثناه القاضي في الروايتين، وقال: يجب أن يقال: يكون إكراهاً، رواية واحدة، وتبعه المجد، وزاد قطع الطرف، ولا شك أن المعنى فيهما واحد، وظاهر كلام أبي محمد في كتبه عدم استثنائه، وقد أورد على القاضي في التعليق فشمله، وأجاب بالفرق بما تقدم، ثم قال: على أن هذه الرواية لا فرق بين القتل وغيره، على ظاهر كلام أحمد في رواية صالح والمروذي، والله أعلم.

باب صريح الطلاق وغيره

أي باب حكم صريح الطلاق وغيره من الاستثناء في الطلاق، والتعليق بشرط، وغير ذلك مما يذكر إن شاء الله تعالى، والصريح الخالص من كل شيء، فصريح الطلاق اللفظ الموضوع له، الذي لا يفهم منه عند الإطلاق غيره، أو يفهم لكن على بعد.

قال: وإذا قال لها: قد طلقتك، أو قد فارقتك، أو قد سرحتك؛ لزمه الطلاق.

ش: ظاهر كلام الخرقي رحمه الله أن هذه الألفاظ صريحة في الطلاق، ولا نزاع في أن المذهب أن لفظ الطلاق وما تصرف منه مما يفهم منه الطلاق صريح في الطلاق، لأنه موضوع له على الخصوص، وقد ثبت له عرف في الشرع والاستعمال، ففي الكتاب العزيز: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٠] وفي السنة والاستعمال أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض.

٢٧٠٨ ـ وقالوا: طلق رسول الله ﷺ حفصة[١]، وهذا واضح لا خفاء به، وقد دخل في الطلاق وما تصرف منه طلقتك، وأنت طالق، وأنت مطلقة وأنت الطلاق، وخرج منه أطلقك وطلقي؛ لأنه لا يفهم منهما الطلاق، إذ الأول وعد، والثاني طلب، وليس بخبر ولا إنشاء، وحكى أبو بكر عن أحمد رواية في: أنت مطلقة أنه ليس بصريح، لاحتمال أن يريد طلاقاً ماضياً، ويلزمه ذلك في طلقتك؛ ولأبي محمد في الكافي احتمال في: أنت الطلاق؛ أنه لا يكون صريحاً، ومن الصريح إذا قيل له: أطلقت امرأتك؟ قال: نعم. إذ السؤال معاد في الجواب، وأطلقك؛ ليس بصريح على المذهب، لانتفاء عرف الاستعمال فيه، وللقاضي فيه احتمال.

وأما لفظ السراح والفراق ففيهما وجهان، (أحدهما) ـ وهو الذي ذكره الخرقي، وتبعه عليه القاضي في التعليقة وفي غيرها، والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، وابن البنا والشيرازي وغيرهم ـ أنهما صريحان، حكمهما حكم لفظ الطلاق، لورودهما في الكتاب العزيز بمعنى الفرقة، فأشبها لفظ الطلاق، قال سبحانه: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقال: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ﴾ [الطلاق: ٢] وقال: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّٗا مِّن سَعَتِهِۦۚ﴾ [النساء: ١٣٠] وقال سبحانه: ﴿فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] (والثاني) ـ وهو اختيار ابن حامد، وأبي الخطاب في الهداية، والشيخين ـ ليسا بصريح، لاستعمالهما في غير الطلاق كثيراً، فأشبها سائر كناياته، قال سبحانه: ﴿وَٱعۡتَصِمُواْ بِحَبۡلِ ٱللَّهِ جَمِيعٗا وَلَا تَفَرَّقُواْۚ﴾ [آل عمران: ١٠٣] وقال تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ﴾ [البينة: ٤] وأما قوله تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فليس المراد به الطلاق قطعاً، إذ الآية

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٨٣، والنسائي ٦/٢١٣، وابن ماجه حديث ٢٠١٦.

في الرجعية، وهي إذا قاربت انقضاء عدتها فإما أن يمسكها برجعة، وإما أن يترك حتى تنقضي عدتها فيسرح، فالمراد بالتسريح في الآية الكريمة قريب من معناها اللغوي، وهو الإرسال، وهو أن تخلى، وكذلك المفارقة في الآية الثانية، المراد بها ترك مراجعتها، كأنه إذاً يظهر حكم الفرقة، لأنها قبل انقضاء العدة في حكم الزوجة، وأما قوله: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا﴾ [النساء: ١٣٠] فليس فيه بيان لما تحصل به الفرقة، وأما ﴿أسرحكن﴾ يحتمل أرسلكن بالطلاق، ثم المدار على عرف الاستعمال الشرعي، وهو مفقود، وعلى هذا الوجه هما كنايتان ظاهرتان، حكمهما حكم الخلية والبرية على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(تنبيه) حكم الصريح أنه لا يحتاج إلى نية كما سيأتي إن شاء الله، وأنه إن صرفه بأن قال: من وثاق. أو نحو ذلك فإن كان باللفظ سمع منه، وإن كان بالنية فإنه يدين، وفي الحكم إن قامت قرينة تكذبه كالغضب أو بسؤالها الطلاق لم يسمع، وإلا فروايتان، أنصهما القبول، والله أعلم.

قال: ولو قال لها في الغضب: أنت حرة. أو لطمها فقال: هذا طلاقك. لزمها الطلاق.

ش: أما إذا قال لها: أنت حرة: فقد اتفق الأصحاب فيما علمت في عدها من كنايات الطلاق، لأن الحرة هي التي لا رق عليها، ولا شك أن النكاح رق.

٢٧٠٩ ـ ولهذا في الحديث: «اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم»(١) أي أسراء، والزوج ليس له على الزوجة إلا رق الزوجية، فإذا أخبر بزوال الرق فهو الرق المعهود، وهو رق الزوجية، ثم من الأصحاب من يعدها في الكنايات الظاهرة، وهم الأكثرون ومنهم من يعدها في المختلف فيه.

وظاهر كلام الخرقي أنه جعلها من الخفية، لأنه قال: لزمها الطلاق. وظاهره طلقة واحدة، ولم يجعلها كالخلية ونحوها.

وقيد الخرقي وقوع الطلاق بحال الغضب، وهو مدل بشيئين (أحدهما) أن الكنايات إذا اقترن بها دلالة حال، من غضب أو ذكر الطلاق ونحو ذلك، قام ذلك مقام النية، وطلقت على المشهور، والمختار لكثير من الأصحاب من الروايتين، إذ دلالة الحال كالنية، بدليل أنها تغير حكم الأقوال والأفعال، فإن من قال لرجل: يا عفيف ابن العفيف؛ في حال تعظيمه كان مدحاً، ولو قاله في حال الشتم والسب كان ذماً وقذفاً (والرواية الثانية) لا بد في الكنايات من النية، لأن نفس اللفظ للطلاق وغيره، ومميزه النية، فلا بد من اعتبارها، دفعاً للإيهام، ومال أبو محمد رحمه الله أنه في الألفاظ التي يكثر استعمالها ـ نحو: اخرجي، واذهبي، ونحو ذلك ـ لا يقع بها

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ١٨٥١.

طلاق، إلا أن ينويه (فعلى المذهب) لو ادعى أنه لم يرد بها الطلاق دين، وهل يقبل في الحكم؟ على روايتين.

واعلم أن أبا البركات حكى الروايتين في القبول في الحكم وعدمه، إذا ادعى عدم إرادة الطلاق وغيره يجعل الروايتين في الغضب، هل يقوم مقام النية أم لا؟ فربما ظن ظان أن بينهما تناف وليس كذلك، فإن غايته أن الأصحاب ذكروا رواية لم يذكرها المجد، وذكر يعني المجد رواية تؤخذ من كلامهم في غير هذا المحل، وهو ما إذا ادعى أنه أراد بلفظه ما يخالف ظاهره، ونحو ذلك.

(الشيء الثاني) أنه إذا أتى بالكناية في غير حال الغضب لا يقع بها طلاق، وهو كذلك، لأن اللفظ بمجرده لا دلالة على الطلاق، بل هو كالمشترك، فلا بد من شيء يبين المراد منه، ويستثنى من ذلك النية، إذ هي تبين المراد، وكأن الخرقي إنما تركه اكتفاء بذكر الغضب، لأنه إذا اكتفي بالغضب لدلالته على النية، فالنية أولى وأحرى، وأما إذا لطمها وقال: هذا طلاقك. فقوة كلام الخرقي يقتضي وقوع الطلاق بمجرد ذلك من غير نية، وهو قول ابن حامد، لأن معناه أوقعت عليك طلاقاً هذا من أجله، واختار أبو محمد أنه كناية في الطلاق، يعتبر له ما يعتبر لها من النية، أو دلالة حال، لأن هذا اللفظ غير موضوع للطلاق، ولا مستعمل فيه شرعاً ولا عرفاً، فأشبه سائر الكنايات، وهذا ظاهر كلام أبي الخطاب في الخلاف، ويحتمل كلام الخرقي هذا أيضاً، ويكون اللطم قائماً مقام النية، لأنه يدل على الغضب، وعلى قياس ما تقدم لو أطعمها أو سقاها ونحو ذلك، فعلى الأول يقع الطلاق بمجرده، وعلى الثاني لا بد من النية، وعلى القول بالوقوع من غير نية فلو فسره بمحتمل غيره قبل، وعلى هذا فهذا قسم برأسه ليس بصريح وإلا خرج الخلاف إذا صرفه، ولا كناية، لأن الكناية تتوقف على النية، فهو ظاهر في الطلاق، يصرف عند الإطلاق إليه، ويجوز صرفه إلى غيره، والله أعلم.

قال: وقال أبو عبد الله: وإذا قال لها: أنت خلية أو أنت برية أو أنت بائن، أو حبلك على غاربك، أو الحقي بأهلك. فهو عندي ثلاث، ولكني أكره أن أفتي به، سواء دخل بها أو لم يدخل بها.

ش: وقوع الثلاث بهذه في الجملة هو المشهور عن أحمد، واختيار كثير من الأصحاب، لأنه المشهور عن الصحابة رضي الله عنهم.

٢٧١٠ ـ فعن أحمد أنه قال في الخلية والبرية والبتة قول علي وابن عمر رضي الله عنهم قول صحيح ثلاثاً.

٢٧١١ ـ وقال أيضاً في البتة: عمر رضي الله عنه يجعلها واحدة، وعلي وزيد رضي الله عنهما ثلاثاً.

٢٧١٢ ـ وروى النجاد بإسناده أن عمر رضي الله عنه جعل البتة واحدة، ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات.

٢٧١٣ ـ وروي أيضاً عن نافع أن رجلاً جاء إلى عاصم وابن الزبير فقال: إن ظئري هذا طلق امرأته قبل أن يدخل بها، فهل تجدان له رخصة؟ فقال: لا، ولكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسلهم، ثم ارجع إلينا فأخبرنا، فسألهم فقال أبو هريرة رضي الله عنه: لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره. وقال ابن عباس رضي الله عنهما: هي ثلاث. وذكر عن عائشة متابعتهما؛ ولأن معنى: أنت خلية. أنت متروكة خالية من النكاح، وكذلك: برية. معناه البراءة من النكاح، وكذلك بائن أي منفصلة من النكاح، وكذلك: حبلك على غاربك. أي مرسلة غير مشدودة، ولا ممسكة بعقد النكاح، والغارب مقدم السنام، والحقي بأهلك. كذلك، إذ الرجعية لا تترك بيت زوجها، وإذا كان هذا مقتضى هذه الألفاظ الثلاث ترتب الحكم على مقتضاها، ولو نوى دونها لأن نيته تخالف مقتضاها، فتلغو نيته، (وعن أحمد) رواية أخرى أنه يقع بها ما نواه، اختاره أبو الخطاب في الهداية.

٢٧١٤ ـ لما روي أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة، فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال: والله ما أردت إلا واحدة. فقال ﷺ: «والله ما أردت إلا واحدة؟» فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة. فردها إليه رسول الله، فطلقها الثانية في زمن عمر رضي الله عنه، والثالثة في زمن عثمان رضي الله عنه، وفي لفظ قال «هو على ما أردت»[١] رواه أبو داود وصححه، وابن ماجه والترمذي وقال: سألت محمداً يعني البخاري عن هذا الحديث فقال: فيه اضطراب.

٢٧١٥ ـ ولأن النبي ﷺ قال لابنة الجون: «الحقي بأهلك»[٢] وهو لا يطلق ثلاثاً، لأنه مكروه، وعلى هذه الرواية إن لم ينو شيئاً وقعت بها واحدة، (وعنه) ما يدل على أنه يقع بها واحدة بائنة، إعمالاً لمقتضى اللفظ والأصل، إذ مقتضاه البينونة، والأصل عدم ما زاد على الواحدة، وهذا الخلاف جارٍ في جميع الكنايات الظاهرة.

ثم اعلم أن عامة الأصحاب يحكون الخلاف على نحو ما قدمت، وخالفهم أبو البركات، فجعل محل الخلاف مع الإطلاق، هل تطلق ثلاثاً أو واحدة؟ على روايتين أما إذا نوى شيئاً فيدين في ما نواه من غير خلاف، وفي قبوله الحكم روايتان. وظاهر كلام العامة وقوع الثلاثة من غير تديين، وكلام أحمد محتمل، فإنه قال في غير رواية في هذه الصور ونحوها: أخشى أن يكون ثلاثاً، انتهى، ولا نزاع عندهم أن الخفية يقع بها ما نواه، وقد اختلف الأصحاب في ما عدا الظاهرة والخفية، والمختلف فيها،

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٠٨، وابن ماجه حديث ٢٠٥١.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٥٢٥٤، ٥٢٥٥.

وليس هذا موضع استقصاء ذلك، إلا أنه لا نزاع عندهم فيما أعلمه أن الخلية والبرية والبائن من الكنايات الظاهرة، وكذلك البتة والبتلة، ولا نزاع أن نحو: اخرجي واذهبي، وروحي؛ من الكنايات الخفية، واختلف في: الحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك، ونحو ذلك هل هو ظاهر أو خفي؟

وقول الخرقي: سواء دخل بها أو لم يدخل. احترز عن قول مالك رحمه الله، فإنه قبل الدخول يجعلها واحدة، وبعد ثلاثاً، وإنما كره أحمد الفتيا بالثلاث في الكنايات الظاهرة لأنه لا نص فيها، بحيث ترفع الشبهة، وأيضاً فإن فيه الحكم بتحريم فرج مع الاحتمال، والله أعلم.

قال: وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه.

ش: لأن اللفظ صريح فيه، فلم يحتج به إلى نية كالبيع ونحوه، وسواء قصد المزح أو الجد.

٢٧١٦ ـ قال أبو هريرة: إن رسول الله ﷺ قال: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة»[1] رواه أبو داود وابن ماجه، والترمذي وقال: حسن غريب. مع أن هذا اللفظ قد حكي اتفاقاً، لكن على كل حال لا بد من قصد اللفظ، ليخرج النائم والساهي ونحوهما.

ومفهوم كلام الخرقي أن الكنايات لا بد فيها من النية، ولا نزاع في ذلك في الخفية، أما الظاهرة فقد نص أحمد على اشتراط النية، وعليه جمهور الأصحاب، القاضي وأصحابه، والشيخين وغيرهم، ولم يشترط أبو بكر للظاهرة نية، وقد وقع لأحمد، إطلاقات ظاهرها ذلك، لكنها محمولة على نصوصه الصريحة، وزعم القاضي أن ظاهر كلام الخرقي أيضاً عدم الاشتراط، أخذاً من إطلاقه الأول، والله أعلم.

قال: ولو قيل له: ألك امرأة؟ فقال: لا وأراد به الكذب لم يلزمه شيء.

ش: لأن قصارى هذا أن يكون كناية، ولم يوجد شرطها وهو النية، فلا يلزمه شيء، ومفهوم كلام الخرقي أنه إذا لم يرد الكذب تطلق، وذلك مع شرطه وهو النية، هذا هو المشهور من الرواية، والمختار للأصحاب، لأنه لفظ يحتمل الطلاق، لأنها إذا زال نكاحها فليست له بامرأة، ونقل عنه أبو طالب إذا قيل له: ألك امرأة؟ فقال: لا. ليس بشيء، فأخذ أبو البركات من إطلاق هذا رواية أنه يلزمه طلاق وإن نوى، لأنه خبر كذب، وليس بإيقاع، وحمل القاضي الرواية على أنه لم ينو الطلاق، وعلى المشهور لو أقسم بالله على ذلك فقد توقف أحمد في رواية مهنا، فخرج وجهان، مبناهما على أن الإنشاءات هل تؤكد فيقع الطلاق، أو لا تؤكد إلا الخبر، فيتعين خبرية

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢١٩٤، وابن ماجه حديث ٢٠٣٩.

هذا، فلا يقع الطلاق، والله أعلم.

قال: ولو قال: قد طلقتها. وأراد به الكذب لزمه الطلاق.

ش: أي لو قيل له: ألك امرأة؟ فقال: قد طلقتها. وأراد الكذب طلقت، لأنه أتى بصريح الطلاق، فلزمه كما لو قال ابتداء: طلقت زوجتي، ونحو ذلك، هذا هو المشهور، وقال ابن أبي موسى: إنما تطلق في الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين، كما لو قال: كنت طلقتها. والله أعلم.

قال: وإذا وهب زوجته لأهلها فإن قبلوها فواحدة، يملك الرجعة إذا كانت مدخولاً بها، وإن لم يقبلوها فلا شيء.

ش: هبة الزوجة لأهلها كناية في الطلاق في الجملة، لأن هبتها تدل على رغبته عنها، وذلك محتمل للطلاق، فوقع به بشرطه كبقية الكنايات، ثم الهبة إنما تلزم وتتم بالقبول، ولذلك إن قبلوها ترتب الحكم، وإن ردوها فلا شيء.

إذا تقرر هذا فالمشهور في المذهب أنها إن قبلوها فواحدة، جعلا له كبقية الكنايات الخفية، إذ الرغبة عنها تحصل بالواحدة، وما زاد مشكوك فيه، فلا يثبت بالشك، وإن ردوها فلا شيء، لأن الهبة لم تتم (وعن أحمد) رواية أخرى إن قبلوها فثلاث، وإن ردوها فواحدة.

٢٧١٧ ـ لأنه قول زيد بن ثابت أو يقال: إذا قبلوها فهو كالحقي بأهلك، وهو كناية ظاهرة، في رواية، فكذلك هنا، وإن ردوها فواحدة، بناء على أن الهبة تلزم في المعين بدون القبض، وأنها كناية خفية وحيث أوقعنا طلقة فإن كانت مدخولاً بها فهي رجعية، وإن لم تكن مدخولاً بها فهي بائن، قال أبو محمد: وهذا كله مع الإِطلاق أو نية الواحدة، أما لو نوى اثنتين أو ثلاثاً فهو على ما نوى، كبقية الكنايات الخفية انتهى، وشرط وقوع الطلاق أن ينوي الزوج الطلاق، قاله القاضي وأبو الخطاب وغيرهما، كبقية الكنايات، قال القاضي: وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضاً، وتبعه على ذلك ابن حمدان، كما لو قال لزوجته اختاري؛ وفيه شيء، لأن: اختاري. حقيقة في توكيلها في الطلاق، بخلاف هذا فإن حقيقة الهبة تحصل بالقبول، ولهذا كثير من الأصحاب لا يشترطون ذلك.

(تنبيه): وحكم: وهبتك لنفسك، حكم وهبتك لأهلك، على ما تقدم، قاله أبو الخطاب، والشيخان وغيرهم، وزاد أبو محمد ـ وتبعه ابن حمدان ـ إذا وهبها لأجنبي، وقد ينازع في ذلك، فإن الأجنبي لا حكم له عليها، بخلاف نفسها وأهلها، والله أعلم.

قال: وإذا قال لها: أمرك بيدك. فهو بيدها وإن تطاول، ما لم يفسخ أو يطأها.

ش: للزوج أن يطلق امرأته بنفسه، وله أن يوكل في ذلك، كما يوكل في عتق

عبده ونحوه، وله أن يوكل المرأة كالأجنبي، فإذا قال لها: أمرك بيدك. فتارة يقصد بذلك تنجيز طلاقها، فتطلق في الحال، وماذا تطلق؟ ينبني على ما تقدم في الكنايات الظاهرة، وتارة يقصد بذلك تفويض الطلاق إليها، فهذا نوع توكيل لها في الطلاق، فتملك ذلك على التراخي.

٢٧١٨ ـ اعتماداً على أن هذا قول علي رضي الله عنه، وكما لو جعله في يد أجنبي، هذا منصوص أحمد رحمه الله، وعليه الأصحاب، وخرج أبو الخطاب فيه قولاً أنه على المجلس كالاختيار كما سيأتي وقال أبو البركات: إن أحمد نص على المسألتين، مفرقاً بينهما، وإذاً لا يحسن التخريج، والذي رأيته في التعليق التفريق بين؛ أمرك بيدك. تملك به ثلاثاً، واختاري. لا تملك به إلا واحدة، نعم نص مفرقاً على أن: أمرك بيدك. للتراخي، واختاري. يختص المجلس، وعلى المذهب هو في يدها ما لم يفسخ الزوج ذلك أو يطأها، لقيام ما يدل على بطلان التوكيل نصاً أو ظاهراً، وإذا لم تعلم المرأة بالفسخ فينبغي أن يبقى التوكيل في يدها في رواية، بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل علمه بالعزل.

قال: فإن قالت: قد اخترت نفسي. فهي واحدة يملك بها الرجعة.

ش: يعني إذا قال لها: أمرك بيدك. فقالت: اخترت نفسي. فهي واحدة رجعية، لأن اختيارها لنفسها يحصل بواحدة، والأصل عدم ما زاد على ذلك، وهذا إذا لم تنو أكثر من واحدة، فإن نوت أكثر من واحدة وقع ما نوت، لأنها تملك الثلاث بالصريح، على ما سيأتي، فتملكها بالكناية كالزوج، والله أعلم.

قال: وإن طلقت نفسها ثلاثاً، وقال: لم أجعل إليها إلا واحدة؛ لم يلتفت إلى قوله، والقضاء ما قضت.

ش: كذا نص عليه أحمد، وقال: لا تنفعه نيته.

٢٧١٩ ـ وكذلك رواه البخاري في تأريخه عن عثمان، ويروى أيضاً عن ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم.

٢٧٢٠ ـ وعن حماد بن زيد، أنه قال: قلت لأيوب: هل علمت أحداً قال في (أمرك بيديك) أنها ثلاث إلا الحسن؟ قال: لا؛ ثم قال: اللهم غفرا إلا ما حدثني قتادة، عن كثير مولى ابن سمرة عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ، قال: «ثلاث» قال أيوب: فلقيت كثيراً مولى ابن سمرة، فسألته فلم يعرفه، فرجعت إلى قتادة فأخبرته فقال: نسي[١]. رواه أبو داود والترمذي، والنسائي، وقال: هذا حديث منكر. وعن البخاري أنه قال: إنما هو عن أبي هريرة موقوف، ولأنه اسم جنس مضاف، فيشمل الطلاق الثلاث، وهذا غير قانع، لأنه إنما يحسن مع الإطلاق،

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٠٤، والنسائي ٦/ ١٤٧.

أما مع النية فالنية صالحة للتخصيص، فإذاً العمدة ما تقدم، وقول أحمد: لا تنفعه نيته. يؤيد ما يقوله الجماعة، من أن الكناية الظاهرة يقع بها ثلاث وإن نوى واحدة، وقد صرح أبو محمد هنا بأنه لا يدين انتهى، (وعن أحمد): رواية أخرى أنه يرجع إلى نيته، كالرواية في الكنايات الظاهرة، وقد سبقت، ولا ريب أن المذهب عند الأصحاب الأول والله أعلم.

قال: وكذلك الحكم إذا جعله في يد غيرها.

ش: يعني يكون في يده ما لم يفسخ أو يطأ، وله أن يطلق واحدة، وله أن يطلق ثلاثاً، ولو نوى الزوج أقل من ذلك، على المذهب لما تقدم، والله أعلم.

قال: ولو خيرها فاختارت فراقه من قوتها وإلا فلا خيار لها.

ش: المذهب المنصوص والمعمول به أن خيار المخيرة على الفور، اتباعاً لقضاء الصحابة رضي الله عنهم.

٢٧٢١ ـ فعن سعيد بن المسيب أنه قال: قضى عمر وعثمان رضي الله عنهما في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما لم يفترقا، رواه النجاد.

٢٧٢٢ ـ وعن ابن عمر قال: ما دامت في مجلسها.

٢٧٢٣ ـ وعن ابن مسعود وجابر نحوه، ولم نعرف لهم مخالفاً في الصحابة، ولأنه خيار تمليك، فكان على الفور كخيار القبول، وخرج أبو الخطاب فيه قولا أنه على التراخي، من: أمرك بيدك. وقد تقدم أن أبا البركات حكى عن أحمد أنه نص على التفرقة، فيبطل التخريج (فعلى الأول) هل يختص بالمجلس، ويكون كمجلس القبول في البيع، يبطل بالإعراض عنه، وهو اختيار القاضي والأكثرين، أو يكون على الفور، جواباً لكلامها، وهو ظاهر كلام الخرقي؟ على روايتين، وهذا كله مع الإطلاق، أما لو خيرها مدة، أو قال: اختاري متى شئت. ونحو ذلك، فإنها تملك ذلك حسب ما جعله لها.

٢٧٢٤ ـ وقد قال النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها ـ لما خيرها ـ «إني ذاكر لك أمراً فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك»(١) والله أعلم.

قال: وليس لها أن تختار أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك.

ش: إذا خيرها وأطلق فليس لها أن تختار أكثر من واحدة.

٢٧٢٥ ـ قال أحمد هذا قول ابن عمر وابن مسعود، وزيد بن ثابت، وعمر وعائشة رضي الله عنهم، ولأن: اختاري. تفويض مطلق، فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم، وما زاد عليه فهو مشكوك فيه، فلا يثبت مع الشك، وهذا بخلاف: أمرك

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٤٧٨٥، ومسلم ١٠/٧٨.

بيدك. فإنه للعموم كما تقدم، وإن قيد ذلك بواحدة أو أكثر اتبع، ويكون في الواحدة تنصيص على مقتضى الإطلاق، وفي الثلاث والاثنتين من باب إطلاق المطلق، وإرادة العام مجازاً، والله أعلم.

قال: وإذا طلقها بلسانه، واستثنى شيئاً بقلبه، وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء.

ش: إذا طلق زوجته بلسانه، كأن قال مثلاً: أنت طالق ثلاثاً. واستثنى شيئاً بقلبه، كأن نوى إلا واحدة، وقع الطلاق، ولم ينفعه الاستثناء، لأن العدد نص، والنية لا تقاومه، فلا يرتفع بالضعيف ما يثبت بالنص القاطع، واستعمال الثلاث بمعنى اثنتين استعمال للفظ في غير ما يصلح له.

وظاهر كلام الخرقي أنه لا ينفعه الاستثناء لا ظاهراً ولا باطناً، وهو اختيار الشيخين، إذ اللفظ غير صالح لما أراد، ومفهوم كلام أبي الخطاب أنه ينفعه باطناً، لأنه قال: لم يقبل في الحكم، (وقول الخرقي): وإذا طلقها بلسانه. قد يحترز عما إذا طلق نسوة واستثنى واحدة منهن بقلبه، ولهذا صورتان، (إحداهما): أن يقول: نسائي الأربع طوالق. ثم يستثنى بقلبه إلا واحدة، فهذه كمسألة الكتاب (الثانية): أن يقول: نسائي طوالق ويستثني بقلبه إلا واحدة، فهذا ينفعه الاستثناء، لأن (نسائي) عام قابلة للتخصيص، والنية صالحة لذلك، (قوله): واستثنى شيئاً بقلبه. يحترز عما إذا استثنى بلسانه، فإنه ينفعه ذلك، لورود ذلك في الكتاب والسنة، وكلام العرب، وعن أبي بكر: لا يصح الاستثناء في عدد الطلاق بحال، وليس بشيء وعلى الأول يصح استثناء الأقل بلا نزاع، ولا يصح استثناء الكل بلا نزاع، وفي النصف والأكثر ثلاثة أقوال (ثالثها): يصح في النصف دون الأكثر، وهو مقتضى قول الخرقي في الأقارير، والله أعلم.

قال: وإذا قال لها: أنت طالق في شهر كذا. لم تطلق حتى تغيب شمس اليوم الذي يلي الشهر المشترط.

ش: ملخصه أنه إذا جعل زمناً طرفاً لوقوع الطلاق، فإن الطلاق يقع في أول ذلك الظرف، لصلاحيته له، كما لو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق. فإنها تطلق إذا دخلت أول جزء منها، فإذا قال لزوجته: أنت طالق في شهر شعبان مثلاً؛ فإنها تطلق إذا غربت شمس آخر يوم من رجب، لأن الشهر المشترط للطلاق يلي ذلك فبغروب شمس آخر يوم من رجب، دخل أول جزء من شعبان، وهو أول الظرف فتطلق، والله أعلم.

قال: وإذا قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق. فإذا طلقها لزمها اثنتان.

ش: إذا قال لزوجته المدخول بها: إذا طلقتك فأنت طالق؛ فقد علق طلاقها على طلاقها، فإذا طلقها طلقت طلقتين، طلقة بالمباشرة، وطلقة بوجود الشرط،

وقوله: فإذا طلقها. يشمل ما إذا باشرها بالطلاق، كما لو قال لها بعد التعليق: أنت طالق. وما إذا علق طلاقها بعد التعليق على شرط، فوجد الشرط، كما إذا قال لها إذا طلقتك فأنت طالق. ثم قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار، فإنهاتطلق طلقتين، طلقة بدخول الدار، وطلقة بالتعليق الأول، وهذا بخلاف ما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق. ثم قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق. ثم دخلت الدار، فإنها لا تطلق إلا طلقة واحدة بالتعليق الأول، وقاعدة ذلك أن التعليق مع وجود الشرط بمنزلة التنجيز، ففي الصورة الأولى التعليق، ووجود الشرط وجدا بعد التعليق السابق، فكان بمنزلة التنجيز، وفي الثانية لم يوجد بعد التعليق إلا الشرط، وهو أحد جزئي التنجيز، وليس بتنجيز، والله أعلم.

قال: ولو كانت غير مدخول بها لزمته واحدة.

ش: علم من هذا أن الصورة السابقة فيما إذا كانت مدخولاً بها، وهذه فيما إذا كانت غير مدخول بها، فلا تطلق إلا واحدة بالطلاق الثاني، إذ به تبين، والبائن لا يلحقها طلاق، فلا يمكن إعمال الشرط الأول، والله أعلم.

قال: وإذا قال لها: إن لم أطلقك فأنت طالق. ولم ينو وقتاً، ولم يطلقها حتى مات أو ماتت، وقع الطلاق بها في آخر وقت الإمكان.

ش: «إن» المكسورة المخففة موضوعة للشرط، لا تدل على زمان إلا من حيث إن الفعل المعلق بها من ضرورته الزمان، فهي مطلقة في الزمان كله، لا تدل على فور ولا تراخ، ولا فرق بين الإثبات والنفي، فإذا قال: إن لم أطلقك فأنت طالق. ولم ينو وقتاً ولم يطلقها، فإنه لا يحنث بالتأخير، إذ الفعل ليس على الفور، فكل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه، والوقت لم يفت، فإذا مات أحدهما علمنا حنثه حيئذ، لانتفاء إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما، أما بعد موته فواضح، إذ الطلاق من جهته وقد تعذر، وأما بعد موتها فلانتفاء قابليتها لوقوع الطلاق عليها، فإذاً يتبين أن الطلاق وقع حيث لم يبق زمن يسع لأنت طالق، هذا هو المذهب بلا ريب (وعن أحمد) رواية أخرى أنه متى عزم على الترك بالكلية حنث حال عزمه، وهذا كله إن لم ينو وقتاً، أما إن نوى وقتاً كأن قال: إن لم أطلقك فأنت طالق، ونوى اليوم فإن اليمين تتعلق بذلك الوقت، بحيث إذا فات طلقت، إذ النية لها مدخل في تقييد المطلق، كما لها مدخل في تخصيص العام، وكذا لو قامت قرينة بفورية، كما لو قال لزوجته مثلاً: ادخلي الدار اليوم. فقالت: لا أدخل. فقال: إن لم تدخلي فأنت طالق. فإن يمينه تتقيد باليوم، لأن حاله تقتضي التقييد بذلك، والله أعلم.

قال: وإن قال: كلما لم أطلقك فأنت طالق. لزمها ثلاث إن كانت مدخولاً بها.

ش: كلما تقتضي التكرار، قال الله تعالى: ﴿كُلَّمَا دَخَلَتْ أُمَّةٌ لَّعَنَتْ أُخْتَهَا﴾

[الأعراف: ٣٨]، ﴿كُلَّ مَا جَآءَ أُمَّةً رَّسُولُهَا﴾ [المؤمنون: ٤٤] فيقتضي تكرار الطلاق بتكرار الصفة، وهو عدم الطلاق، فإذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه ولم يطلقها، فقد وجد الشرط، فيقع بها طلقة، وتتبعها الثانية والثالثة، إن كانت مدخولاً بها، ولما كان زمن وقوع الطلاق متصلاً بتكلمه، غير منفصل عنه، قال: لزمها ثلاث، وإن كانت غير مدخول بها طلقت واحدة لا غير، لأنها تبين بها، فلا يلحقها ما بعدها، والله أعلم.

قال: وإذا قال لها: أنت طالق إذا قدم فلان، فقدم به ميتاً أو مكرها لم تطلق.

ش: هذا هو المذهب المشهور، والمختار للأصحاب من الروايتين، لأنه لم يقدم، وإنما قدم به، إذ الميت لم يوجد منه فعل أصلاً، والمكره وإن وجد منه فعل، لكنه منسوب إلى من أكرهه، (والرواية الثانية) وهي اختيار أبي بكر في التنبيه: يحنث، لأن الفعل يصح نسبته إليه، ولذلك يقال: دخل الطعام البلد، وقال سبحانه: ﴿وَسِيقَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِلَىٰ جَهَنَّمَ زُمَرًاۖ حَتَّىٰٓ إِذَا جَآءُوهَا﴾ [الزمر: ٧١] وأجيب بأنه وإن نسب الفعل إليه، لكنه في الميت ونحوه على سبيل المجاز، والأصل الحقيقة، وفي المكره فالشارع ألغى ذلك، حيث قال: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» فالفعل من المكره مرفوع عنه، فلا ينسب إليه، وهذا كله مع عدم النية، أما مع النية فيحمل الكلام عليها بلا إشكال.

ومفهوم كلام الخرقي أنه متى قدم مختاراً حنث الحالف، وهو كذلك، سواء علم باليمين أو جهلها، قال الخلال: قولاً واحداً، وقال ابن حامد: إن كان القادم لا يمتنع باليمين، كالسلطان والرجل الأجنبي فكذلك، لأنه إذاً تعليق للطلاق على صفة، وإن كان ممن يمتنع من القدوم باليمين، كقرابة لها أو لأحدهما، أو غلام لأحدهما، فجهل اليمين، أو نسيها، خرج على ما إذا حلف على فعل نفسه، وفعل ناسياً أو جاهلاً، لأنه إذاً بمنزلة اليمين، واليمين يعذر فيها بالجهل والنسيان، قال أبو محمد: وينبغي على هذا القول أن تعتبر نية الحالف، فإن قصد باليمين منع القادم من القدوم كان يميناً، وإن قصد جعله صفة في الطلاق لم يكن يميناً، فلا يفرق بين علم القادم وجهله، وتعتبر قرائن أحواله أيضاً، فإذا كان التعليق على قدوم غائب بعيد، يعلم أنه لا يعلم اليمين، أو على فعل صغير أو مجنون، أو ممن لا يمتنع بها، لا يكون يميناً، وإن كان التعليق على من يعلم بيمينه، ويمتنع من أجلها فهو يمين، ومتى أشكلت الحال قال: فينبغي أن يقع نظراً للفظ والله أعلم.

قال: وإذا قال لمدخول بها: أنت طالق، أنت طالق؛ لزمتها تطليقتان، إلا أن يكون أراد بالثانية إفهامها أن قد وقعت بها الأولى، فيلزمها تطليقة.

ش: أما لزوم التطليقتين لها إذا لم يرد بالثانية إفهاما، فنظراً لمقتضى اللفظ، إذ مقتضاه وقوع الطلاق، وقصد الإفهام صارف له ولم يوجد، فهو كالعام والمطلق، يعمل بهما ما لم يوجد مخصص مقيد، وأما لزوم واحدة لها فقط إذا نوى بالثانية إفهام

الزوجة أن الطلاق قد وقع عليها، فلا ريب فيه، لأنه لم يقصد بالثانية إنشاء الطلاق وإنما، أراد الإخبار والبيان عما تقدم، ومثل ذلك لو قصد التأكيد، نعم يشترط أن لا يفصل بينهما بما لم تجر العادة به، إذ التوكيد تابع، فشرطه الاتصال كسائر التوابع، والله أعلم.

قال: وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى، ولم يلزمها ما بعدها، لأنه ابتداء كلام.

ش: يعني أن الحكم السابق فيما إذا كانت مدخولاً بها، أما إن كانت غير مدخول بها فقال لها: أنت طالق، أنت طالق. فإنها تبين بالأولى، لانتفاء العدة عليها، فيصادفها قوله الثاني: أنت طالق. بائناً والبائن لا يقع بها طلاق، ولا فرق أن ينوي بقوله الثاني الطلاق، أو يطلق لما تقدم، وقول الخرقي: لأنه ابتداء كلام. يعني «أنت طالق» الثاني كلام مستقل، لا تعلق له بالأول، واحترز بالأول عن قوله لغير المدخول بها أنت تطالق ثلاثاً، ومن: أنت طالق وطالق وطالق، كما سيأتي، والله أعلم.

قال: وإذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق وطالق وطالق. لزمتها الثلاث، لأنه نسق، وهو مثل قوله: أنت طالق ثلاثاً.

ش: الواو لمطلق الجمع، أي التشريك بين المعطوف والمعطوف عليه في الحكم، من غير إشعار بترتيب ولا معية، على المشهور المعروف من قولي العلماء والأدباء، وأهل الأصول، حتى أن الفارسي حكى اتفاق أهل العربية عليه، ونص عليه سيبويه في بضعة عشر موضعاً من كتابه، وعن ثعلب وابن درستويه، وقليل من الأدباء أنها للترتيب، وهو قول في مذهب الشافعي وأحمد واختاره جماعة من الشافعية، وقيل: إنه اختيار أبي بكر من أصحابنا، وحكاه ابن حمدان رواية عن الإمام أحمد وعزي أيضاً إلى نص الشافعي، وتوجيه الخلاف، واستقصاؤه له محل آخر، (فعل الأول) إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق وطالق وطالق. طلقت ثلاثاً، لما تقدم من أن الواو للجمع، والكلام كله في حكم جملة واحدة، فهو كقوله: أنت طالق ثلاثاً، ولهذا قال الخرقي: لأنه نسق. أي غير متفرق، لا يقال: أنت طالق ثلاثاً. جملة واحدة بلا ريب، بخلاف: أنت طالق وطالق وطالق لأنها ثلاث جمل، وكل جملة منهن غير مقيدة بشيء، بخلاف: أنت طالق ثلاثاً. فإنه مقيد بالثلاث والكلام إنما يتم بآخره، لأنا نقول: الصحيح عند الجمهور ـ سيبويه وغيره ـ أن هذا من باب عطف المفردات، لا من باب عطف الجمل، فالعامل في الثاني هو العامل في الأول، بواسطة حرف العطف، ودعوى أن كل جملة غير مقيدة بشيء، ممنوع مع العطف، فالكلام إنما يتم معه أيضاً بآخره، كما في: أنت طالق ثلاثاً. انتهى.

وعلى الثاني لا تطلق غير المدخول بها إلا طلقة، كما لو قال لها: أنت طالق. ثم طالق. إذ الطلاق الثاني إذا كان مرتباً بعد الأول اقتضى سبق الأول له، وإذاً تبين

فلا يلحقها طلاق بعد ذلك، وقول الخرقي: وهو مثل قوله: أنت طالق ثلاثاً. إشعار بأن هذه الصورة لا خلاف فيها، وهو كذلك، إذ: ثلاثاً. تمييز، وتبيين للطلاق الذي لفظ به، والله أعلم.

(تنبيه): إذا ادعى التأكيد فإن ادعى تأكيد الثانية بالثالثة سمع منه، لاتفاق اللفظ، وهذا من العطف المغير الذي قاله أبو البركات، وإن ادعى تأكيد الأولى بالثانية، لم يسمع منه، نعم يدين فيما بينه وبين الله تعالى، والله سبحانه أعلم.

قال: وإذا طلق ثلاثاً وهو ينوي واحدة فهي ثلاث.

ش: لأنه استعمل اللفظ في غير ما يصلح له لغة وعرفاً، فلغا استعماله، وأعمل بمقتضى اللفظ، لا يقال: لأنه تجوز في ذلك. لأن الثلاث نص قاطع في العدد، فلا يقبل التجوز، وإرادة الوحدة، إذ صحة ذلك موقوفة على أن مثل ذلك تجوزت العرب فيه، ولم تنقل الوحدة، وقد دل كلام الخرقي رحمه الله على أنه إذا طلق ثلاثاً يقع عليه الثلاث، وهذا مذهبنا ومذهب العامة.

٢٧٢٦ ـ لأنه قد جاء في بعض روايات ابن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته وهي حائض، وأمره النبي ﷺ بالمراجعة، أنه قال: يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثاً، كان يحل لي أن أرجعها؟ قال: «لا كانت تبين منك وتكون معصية» رواه الدارقطني[١].

٢٧٢٧ ـ وعن يونس بن يزيد قال: سألت ابن شهاب عن رجل جعل أمر امرأته بيد أبيه قبل أن يدخل بها، فقال أبوه: هي طالق ثلاثاً. كيف السنة في ذلك؟ فقال: أخبرني محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، مولى ابن عامر بن لؤي، أن محمد بن إياس بن البكير الليثي ـ وكان أبوه شهدا بدراً ـ أخبره، أن أبا هريرة رضي الله عنه قال: بانت منه، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره. وإنه سأل ابن عباس عن ذلك فقال مثل قول أبي هريرة، وسأل عبد الله بن عمرو بن العاص فقال: مثل قولهما. رواه البرقاني في كتابه المخرج على الصحيح.

٢٧٢٨ ـ وعن مجاهد قال: كنت عند ابن عباس رضي الله عنه فجاءه رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً؛ قال: فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموقة، ثم يقول: يا ابن عباس يا ابن عباس وإن الله تعالى قال: ﴿ٱلْآخِرِۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا﴾ [الطلاق: ٢] وإنك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجاً، عصيت ربك فبانت منك امرأتك. وإن الله قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] رواه أبو داود[٢]. وهذا كالإجماع من الصحابة على صحة

(١) سنن الدارقطني ٤/ ٣١.
(٢) سنن أبي داود حديث ٢٦٨٨.

وقوع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة.

٢٧٢٩ ـ وقد عورض هذا بما روى طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم. فأمضاه عليهم[1]، رواه أحمد ومسلم، وقد قال بظاهر هذا طائفة قليلة من العلماء، وهو اختيار أبي العباس، وحمله بعض التابعين على ما قبل الدخول.

٢٧٣٠ ـ وقد جاء ذلك مصرحاً به في رواية أبي داود، وتأوله بعضهم على صورة تكرير اللفظ، بأن يقول: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق. فيلزمه واحدة مع التوكيد، وثلاث مع عدمه، ففي زمن النبي ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه لصدقهم صدقوا في إرادة التوكيد، ولما رأى عمر رضي الله عنه أحوال الناس قد تغيرت ألزمهم الثلاث، وأحمد رحمه الله أشار إلى ضعف رواية طاووس هذه، فقال: كان أصحاب ابن عباس رووا عنه خلاف ما قاله طاووس، وكذلك أشار البيهقي، قال: هذا الحديث مما اختلف فيه البخاري ومسلم، وتركه البخاري، قال: وأظنه إنما تركه لمخالفته سائر الروايات عن ابن عباس رضي الله عنه قال ابن المنذر: وغير جائز أن يظن بابن عباس أنه علم شيئاً عن رسول الله ﷺ ثم يفتي بخلافه، وقال الشافعي: يشبه ـ والله أعلم ـ أن يكون ابن عباس رضي الله عنه قد علم أن كان شيئاً فنسخ، وبالجملة تنقيح هذه المسألة، والكلام على هذه التأويلات، يحتاج إلى بسط أزيد من هذا، ولا يليق بمختصرنا، والله أعلم.

قال: وإذا طلق واحدة وهو ينوي ثلاثاً فهي واحدة.

ش: إذا طلق واحدة فله حالتان (إحداهما): أن يقول: أنت طالق. فهذا إن أطلق وقعت واحدة بلا ريب، وإن نوى ثلاثاً فيه روايتان (إحداهما): ـ وهي اختيار القاضي، وقال إن عليها الأصحاب، واختيار أصحابه أيضاً الشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، وابن عقيل في التذكرة، والشيرازي ـ لا تطلق إلا واحدة، لأن لفظه لا يتضمن عدداً، وإنما هو إخبار في الحقيقة عن صفة هي عليها، فهو كقوله: قائمة وقاعدة. فإذا نوى به الثلاث فقد نوى ما لا يتضمنه اللفظ، ولا يقتضيه، فيلغى (والرواية الثانية): تطلق ثلاثاً، ولعلها أظهر، لأن قوله: أنت طالق. تقديره الطلاق أو طلاقاً، ولو صرح بذلك ونوى الثلاث طلقت ثلاثاً، فكذلك إذا لم يصرح به، إذ المقدر كالملفوظ به، ثم لو لم يقدر بشيء فالصفة التي وصفها به، وهي: أنت طالق. تتضمن المصدر وزيادة، ولا ريب أن المصدر يصح تفسيره بالقليل والكثير، فكذلك: أنت طالق. ولهذا لو صرح

(١) أخرجه مسلم ١٠/٦٩، وأحمد ١/٣١٤.

بالتفسير فقال: أنت طالق ثلاثاً. طلقت ثلاثاً بلا ريب، فعلى هذه الرواية إذا صرح بالواحدة فقال: أنت طالق واحدة ـ وهذه هي الحالة الثانية ـ ونوى ثلاثاً، ففيه وجهان (أحدهما): ـ وهو الذي قطع به أبو محمد في الكافي والمغني، ومقتضى كلام الخرقي ـ لا تطلق إلا واحدة، لأن الواحدة صريح في الوحدة، فإذا نوى بها ثلاثاً فقد نوى ما لا يحتمله اللفظ، ثم إن نيته خالفت صريح لفظه، ولا شك أن النية أضعف من اللفظ، فالقوي يقدم على الضعيف، ثم لو قدر تعارض اللفظ والنية لبقي: أنت طالق مجرداً. وإنه لا يقع به إلا واحدة (والوجه الثاني): تطلق ثلاثاً، وتكون نيته دالة على محذوف، تقديره: أنت طالق واحدة معها اثنتان، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب الطلاق بالحساب

قال: وإذا قال لها: نصفك طالق، أو يدك أو عضو من أعضائك طالق، أو قال لها: أنت طالق نصف تطليقة، أو ربع تطليقة؛ وقعت بها واحدة.

ش: أما كونها تطلق طلقة إذا طلق منها جزءاً مشاعاً كنصفها وثلثها ونحو ذلك، أو معيناً كيدها وعينها ونحو ذلك، فلأنها جملة لاتتبعض في الحل والحرمة، وجد فيها ما يقتضي التحريم فغلب، كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل الصيد، ولأنه أشار بالطلاق إلى ما هو من أصل الخلقة، لا يزال عنها في حال السلامة، فكانت الإشارة إليه كالإشارة إلى الجملة، دليله لو أشار إلى الوجه أو الرأس، وخرج السن، لأنه ليس من أصل الخلقة، وإنما يحدث بعد كمالها، والشعر والظفر لزوالهما في حال السلامة، يحقق ذلك أن الأصل في كلام المكلف الإعمال لا الإلغاء، وإطلاق البعض على الكل مجاز مستعمل سائغ، قال سبحانه وتعالى: ﴿فَبِمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ وَيَعْفُواْ﴾ [الشورى: ٣٠] وقال: ﴿تَبَّتْ يَدَآ أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ ۝١﴾ [المسد: ١] بما كسبتم وتبت جملته.

٢٧٣١ ـ وقال النبي ﷺ: «لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر»[(١)] عبر بالخف عن الإبل، والحافر عن الخيل، وهو كثير، وإذاً فهذا كذلك تصحيحاً لكلام المكلف.

(تنبيه): إذا أضاف الطلاق إلى عضو من أعضائها فهل يقع عليها جملة، تسمية للكل باسم البعض، وهو ظاهر كلام أحمد، قاله القاضي، أو على العضو نظراً لحقيقة اللفظ، ثم يسري تغليباً للتحريم؟ فيه وجهان، وينبني عليهما إذا قال: إن دخلت الدار فيدك طالق؛ فدخلت وقد قطعت يدها، أو قال: يدك طالق. ولا يد لها، فعلى الأول تطلق، وعلى الثاني لا، انتهى، أو ربع طلقة، أو ثمن طلقة، ونحو ذلك، وهو قول جمهور أهل العلم، فلما تقدم من إطلاق البعض على الكل، تصحيحاً لكلام المكلف، والله أعلم.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٥٧٤، والنسائي ٦/٢٢٦، وأحمد ٢/ ٤٧٤.

قال: ولو قال لها: شعرك أو ظفرك طالق، لم يلزمها الطلاق، لأن الشعر والظفر يزولان، ويخرج غيرهما، وليس هما كالأعضاء الثابتة

ش: نص أحمد رحمه الله على ذلك مع السن، وعلل بأن ذلك يبان، يعني مع السلامة فأشبه الريق والحمل، والدمع والعرق، ولأبي الخطاب في الهداية احتمال بأنها تطلق بذلك، لأنه جزء من الجملة، أشبه يدها.

(تنبيه): توقف أحمد رحمه الله في رواية مهنا والفضل في الروح، هل يكون مظاهراً بها أم لا؟ والذي أورده أبو الخطاب وأبو البركات مذهبا الطلاق، وقال أبو بكر: لا تطلق. ونقله عن أحمد، وجزم أبو البركات تبعاً لأبي الخطاب في الدم بالطلاق، وابن البنا في الخصال بعدمه، والله أعلم.

قال: وإذا لم يدر أطلق أم فلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق.

ش: يعني لم تطلق، وقد علله الخرقي بأن النكاح متيقن، والطلاق مشكوك فيه، واليقين لا يزول بالشك، وهذه قاعدة مستمرة، تقدم ذكرها في الطهارة، والله أعلم.

قال: وإذا طلق فلم يدر أواحدة أو ثلاثاً، اعتزلها وعليه نفقتها ما دامت في العدة، فإن راجعها في العدة لزمته نفقتها، ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق، لأنه متيقن للتحريم، شاك في التحليل.

ش: المسألة الأولى إذا شك في أصل الطلاق، وهذه إذا علم أنه طلق وشك في قدر ما طلق، فالمنصوص أيضاً وعليه الأصحاب أنه يبني على اليقين لما تقدم، وقال الخرقي: يعتزلها. وهذا أصل مبني على قاعدته، من أن الرجعة محرمة، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى قال: وعليه نفقتها. لأن الأصل بقاؤها. استناداً لبقاء النكاح، قال: فإن راجعها في العدة لزمته نفقتها. لما تقدم، إذ الأصل عدم الثلاث، قال: ولم يطأ حتى يتيقن كم الطلاق، لأنه متيقن للتحريم شاك في التحليل؛ وهذا الأصل والتعليل كلاهما منازع فيه، فالتعليل بناء عنده على أن الرجعة محرمة، وهو إحدى الروايتين، والمشهور ـ وعليه الأصحاب ـ خلافه، لما سيأتي إن شاء الله، وإذا انتفى هذا التعليل انتفى الأصل، ثم لو سلم هذا التعليل، وأن الرجعة محرمة لم يبح ما قاله، لأن الذي ينفيه تحريم تزيله الرجعة، فيزول بزوالها، ولهذا عامة الأصحاب لم يلتفت لهذا، وقالوا بالإباحة، ولضعف هذا القول أنه لم يلتفت له القاضي في تعليقه، وحمل كلام الخرقي على الاستحباب، والله أعلم.

قال: وإذا قال لزوجاته: إحداكن طالق، ولم ينو واحدة بعينها، أقرع بينهن، فأخرجت القرعة المطلقة منهن.

ش: إذا قال لزوجاته: إحداكن طالق. ونوى واحدة معينة، قبل منه تعيينها وطلقت، لأنه عينها بنيته، أشبه ما لو عينها بلفظه، وإن لم ينو ففيه روايتان (أشهرهما)

عن أحمد ـ وعليها عامة الأصحاب، حتى أن القاضي في تعليقه وأبا محمد وجماعة لا يذكرون خلافاً ـ أنه يقرع بينهما، فمن خرجت عليها القرعة فهي المطلقة، لأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية، فتدخله القرعة، دليله العتق، ودليل الأصل أن النبي ﷺ أقرع بين العبيد الستة، ولأن الحق لواحد غير معين، فوجب تعيينه بالقرعة، كالحرية في العبيد، إذا أعتقهم وضاق ثلثه عن جميعهم، وكالبداءة بإحدى نسائه في القسم أو السفر بها، قال أحمد: القرعة سنة رسول الله ﷺ، وجاء بها القرآن (والرواية الثانية): يرجع إلى تعيينه، فمن عينها فهي المطلقة، لأنه يملك الإِيقاع ابتداء والتعيين، وقد أوقع ولم يعين، فيملك ذلك استيفاء لما ملكه، والله أعلم.

قال: وكذلك إن طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة المطلقة منهن.

ش: منصوص أحمد رحمه الله في رواية الميموني وأبي الحارث أنه لا فرق بين هذه الصورة والتي قبلها، وعلى هذا عامة الأصحاب، الخرقي، والقاضي، وأصحابه وغيرهم، وسئل أحمد رحمه الله عن ذلك في رواية إسماعيل بن سعيد فقال: أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة؛ فأخذ في ذلك ـ والله أعلم ـ أبو البركات رواية بالمنع، وهو اختيار أبي محمد، فلا مدخل للقرعة عنده هنا، ويحرمان عليه جميعا، كما لو اشتبهت أخته بأجنبية، أو ميتة بمذكاة، وفرق بين هذه والتي قبلها بأن الحق ثم لم يثبت لواحدة بعينها، فدخلت القرعة لتبيين التعيين، وهنا الطلاق واقع في معينة لا محالة، والقرعة لا ترفعه عنها، فلا توقعه على غيرها انتهى.

والظاهر ما يقول الجماعة، وإن كان أصل دخول القرعة في هذا ليس بالواضح، لأن هذا الفرق إنما يتم لأبي محمد رحمه الله لو قيل بأن الطلاق يقع في غير المعينة من حين القرعة، وليس كذلك، بل الطلاق ـ على ما صرح به القاضي، وذكر عن الإِمام أحمد ما يدل عليه في رواية أبي طالب ـ يقع من حين الإِيقاع، وإذا وقع الطلاق من حين الإِيقاع، فلا بد له من محل يتعلق به، ولايتعلق إلا بمعين، فلا فرق بين الصورتين، وقد دخلت القرعة في الصورة الأولى فتدخل في الثانية، وأبو محمد يوافق الجماعة على هذا الأصل، فإنه يجعل العدة من حين الإِيقاع، لا من حين القرعة انتهى.

فعلى قول أبي محمد يحرم الجميع عليه، وتجب عليه نفقتهن، لأنهن محبوسات عليه بحكم النكاح، وكذلك في قول الجميع قبل القرعة، ولم أرهم فرقوا بين الطلاق الرجعي والبائن، مع أن الرجعي لا يحرم على المذهب، فقد يقال: لأنه إذا وطئ فقد يطأ من أصابها الطلاق، فتحصل رجعتها على المذهب، وإذاً لا مطلقة منهن، فإذا أقرع بعد ذلك وخرجت القرعة بعد ذلك على واحدة، فيحكم بطلاقها وهي زوجة، فلهذا المحذور حرم الوطء مطلقاً، نعم لو أراد وطء الجميع فلا ينبغي أن يمنع من ذلك، لأن بذلك تحصل رجعة من طلقها جزماً، فأشبه ما لو قال: من وقع عليها طلاقي فقد

راجعتها، وعلى قول الأصحاب إذا أقرعنا مع النسيان فخرجت القرعة على واحدة، فقد حكم بطلاقها ظاهراً، فإذا قال بعد ذلك: ذكرت المنسية وأنها غير التي خرجت عليها القرعة، حكم بطلاق التي ذكرها بإقراره بلا ريب، وهل ترجع إليه التي خرجت عليها القرعة؟ لا يخلو إما أن تكون القرعة بحكم حاكم أم لا، فإن كانت بحكم حاكم ترجع إليه، حذاراً من إبطال حكم الحاكم بقوله، وكذلك إن لم تكن القرعة بحكم حاكم وتزوجت، نص أحمد على هاتين الصورتين، لتعلق حق الغير بها، وفيما عدا هاتين الصورتين قولان وبعضهم يحكيهما روايتين (إحداهما): ترجع إليه، وهو اختيار الشيخين وغيرهما، إذ القرعة ليست بطلاق صريح ولا كناية فوجودها كعدمها (والثانية): ـ وهي قول أبي بكر وابن حامد ـ لا ترجع إليه، ويحكم عليه بطلاقهما، الثانية بإقراره، والأولى بالقرعة، احتياطاً للفروج، ودفعاً للتهمة، والله أعلم.

قال: فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة بينهن، وكان الميراث للبواقي منهن.

ش: يعني إذا مات الزوج قبل القرعة، أقرع الورثة بين النسوة، فمن خرجت عليها القرعة فلا ميراث لها، والميراث للبواقي، نص أحمد رحمه الله على ذلك في رواية الجماعة.

٢٧٣٢ ـ وهو مروي عن علي رضي الله عنه، وذلك لأنهن قد تساوين، فلا سبيل إلى التعيين، فوجب المصير إلى القرعة، كمن أعتق عبيداً في مرضه، لا مال له سواهم، وأبو محمد رحمه الله هنا يوافق الجماعة في القرعة، وإن لم يقل بدخولها في المنسية، واعلم أن هذا فيما إذا كان الطلاق بائناً، أما إن كان رجعياً فإن الجميع يرثنه، وهذا واضح، والله أعلم.

قال: وإذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة، وتزوجت غيره، وأصابها، ثم طلقها أو مات عنها، وقضت العدة، ثم تزوجها الأول فهي عنده على ما بقي من الثلاث.

ش: هذه المسألة الملقبة بالهدم، وهو أن نكاح الثاني هل يهدم طلاق الأول، وملخص الكلام في المسألة أن الرجل إذا طلق امرأته ثم رجعت إليه فإن كان قد طلقها ثلاثاً ثم رجعت إليه بشرطه، فإنها ترجع إليه بطلاق ثلاث بالإجماع، وإن كان قد طلقها دون الثلاث، ثم رجعت إليه قبل نكاح زوج آخر، رجعت على ما بقي من طلاقها بلا خلاف أيضاً، وإن رجعت بعد نكاح زوج آخر، والحال هذه، فهذه صورة الخرقي، وفيها روايتان، أشهرهما عن أحمد، وهي اختيار الأصحاب أنها تعود على ما بقي من طلاقها، ولا هدم، نظراً إلى إطلاق قوله سبحانه: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ إلى قوله سبحانه: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩ـ ٢٣٠] وظاهر إطلاق الآية الكريمة أن من طلقها زوجها طلقتين، ثم طلقها الثالثة، أنها قد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، وهو يشمل ما إذا رجعت

إليه قبل تزويج زوج آخر أو بعده، وأيضاً فهذا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم.

٢٧٣٣ ـ قال أحمد هذا قول عمر، وعلي، وأبي، ومعاذ، وعمران بن حصين رضي الله عنهم.

٢٧٣٤ ـ ورواه ابن المنذر أيضاً عن زيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، ومن جهة القياس أن الزوج الثاني لا يحتاج إليه في إباحتها للأول، فوجب أن لا يؤثر في عدد الطلاق، أشبه وطء السيد أو الزوج الثالث أو الرابع (والرواية الثانية) تعود إليه بطلاق ثلاث، فنكاح الثاني هدم الطلاق الأول.

٢٧٣٥ ـ وهذا قول ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهما، قال أحمد: روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم: نكاح جديد وطلاق جديد، لأن نكاح الثاني إما أن يكون تأثيره في رفع التحريم والعدد، أو في رفع التحريم فقط، لا جائز أن يؤثر في رفع التحريم فقط، لأنه يلزم أن يرفع الثالثة، إذ التحريم تعلق بها، فلزم أن يكون تأثيره في رفعهما جميعاً، فإذا طلقها واحدة أو اثنتين فالعدد موجود فيرفعه، وأجيب بأنه يهدم التحريم المتعلق بالثلاث، ولا تحريم فيما دون الثلاث، وعن قول ابن عمر، وابن عباس، بأن أقوال الصحابة على قاعدتنا إذا اختلفت كانت كدليلين متعارضين، وإذاً يصار إلى الترجيح، ولا شك أن قول الأولين أرجح، والقاضي حمل قول ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما، على ما إذا كان بعد طلاق ثلاث، وجعل المسألة اتفاقية من الصحابة، والله أعلم.

قال: وإن كان المطلق عبداً فطلق اثنتين لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره، سواء كانت الزوجة حرة أو مملوكة، لأن الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء.

ش: لما ذكر أن الزوج إذا طلق امرأته أقل من ثلاث أنها تعود إليه على ما بقي من طلاقها، فإطلاق هذا شامل للحر والعبد، فأراد أن يخرج العبد ويقول: إن نهاية ما يملكه طلقتان، وإن كان تحته حرة، وأن ملك الثلاث مختص بالحر، وإن كان تحته أمة، فالطلاق معتبر بالرجال، هذا أنص الروايتين وأشهرهما عن الإمام، وعليه الأصحاب، لظاهر قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ الآية إلى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ [البقرة: ٢٢٩ـ ٢٣٠] فجعل للزوج أن يطلق ثلاثاً، والمراد به الحر، بدليل: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا﴾ [البقرة: ٢٢٩] الآية، والأخذ إنما يصح من الحر، لا يقال: الآية إنما وردت في الحرة، بدليل: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] قيل: الأمة يصح الافتداء منها بإذن سيدها، وفي هذا الاستدلال نظر، (أما أولاً) فلأن الله سبحانه قال ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ﴾ والافتداء المطلق إنما هو للحرة الرشيدة، دون الأمة، وإذا كان للحرة فلا نزاع أن الحر الذي تحته حرة يملك ثلاثاً، (وأما ثانياً) فلو سلم أن الأمة داخلة في هذا فلا نسلم أن المراد من قوله: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ﴾، لأن العبد يصح خلعه، بل وقبضه لعوضه على المنصوص، ولو قيل:

إنه لا يصح قبضه، فأخذ السيد كان بسببه فنسب إليه، ثم لو سلم هذا فمثل هذا لا يقتضي تخصيص أول الآية الكريمة، غايته أنه أفرد بعض من دخل في الآية بحكم.

٢٧٣٦ ـ واستدلوا أيضاً على ما تقدم بما روى الدارقطني[١] بإسناده عن عائشة رضي الله عنها، أن النبي ﷺ قال: «طلاق العبد اثنتان وقرء الأمة حيضتان».

٢٧٣٧ ـ وقد عورض هذا بأن الحديث رواه أبو داود والترمذي، وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة اثنتان، وعدتها حيضتان»[٢].

٢٧٣٨ ـ وعن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة اثنتان، وعدتها حيضتان»[٣] رواه ابن ماجه والدارقطني، وهذا دليل للرواية الثانية، وأن الطلاق معتبر بالنساء، فيملك زوج الحرة ثلاثاً، وزوج الأمة اثنتين، والأحاديث في الباب ضعيفة، والذي يظهر من الآية الكريمة أن كل زوج يملك الثلاث مطلقاً، والله سبحانه أعلم.

قال: وإذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين؛ طلقت ثلاثاً.

ش: هذا منصوص أحمد في رواية مهنا، وعليه الجمهور، نظراً إلى أن نصف الطلقتين طلقة، وقد أوقعه ثلاثاً، فيقع ثلاث، كما لو قال: أنت طالق ثلاث طلقات، وقال أبو عبد الله بن حامد: تطلق طلقتين، نظراً إلى أن الإضافة بمعنى (من) أي من طلقتين، وذلك طلقة ونصف، ثم تكمل فتصير طلقتين، والله سبحانه أعلم.

باب الرجعة

ش: الرجعة بفتح الراء وكسرها، مصدر رجع يرجع رجعة ورجعة، والأصل فيها قول الله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ إلى قوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والمراد به الرجعة عند العلماء، وأهل التفسير، وقال سبحانه: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢] قيل: أمسكوهن برجعة.

٢٧٣٩ ـ وقد ثبت أن النبي ﷺ أمر ابن عمر أن يراجع امرأته لما طلقها وهي حائض[٤].

٢٧٤٠ ـ ولما طلق حفصة نزل عليه جبريل عليه السلام بالأمر بمراجعتها[٥]، مع أن هذا إجماع والحمد لله.

---

(١) سنن الدارقطني ٤/ ٣٩.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢١٨٩، وابن ماجه حديث ٢٠٨٠.

(٣) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٠٧٩، والدارقطني ٤/ ٣٨.

(٤) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٦٨٤.

(٥) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٧٠٨.

قال: والزوجة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة، وتحرمها الثلاث من الحر، والاثنتان من العبد.

ش: أما كون الزوجة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة، فإجماع من أهل العلم، لقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] وإذا لم تكن عليها عدة فهي بائن بمجرد الطلاق، وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها، وأما كون الثلاث أي بكلمة واحدة من الحر تحرمها فلما تقدم، وإنما خص غير المدخول بها بالتحريم بالثلاث، لشهرة الخلاف فيها، بخلاف ما بعد الدخول، فإن الثلاث تحرمها في صورة بالإجماع بلا ريب، وهو ما إذا فرقها،للآية الكريمة، وكذا إذا جمعها على قول العامة كما تقدم، وبالجملة متى حكم بوقوع الثلاث على الزوجة حرمت بذلك بلا ريب، ويرتفع التحريم بأن تنكح زوجاً آخر بشروطه، وسيأتي إن شاء الله تعالى في كلام الخرقي ما يشير إلى ذلك، وفرق الخرقي رحمه الله بين الحر والعبد، بناء على ما تقدم له قبل، من أن الحر يملك ثلاثاً، والعبد اثنتين، والله أعلم.

قال: وإذا طلق الحر زوجته بعد الدخول بها أقل من ثلاث، فله عليها الرجعة ما دامت في العدة.

ش: أجمع أهل العلم على هذا بشرط أن لا يكون الطلاق بائناً، بأن يكون بعوض أو يقول لها: أنت طالق طلقة بائناً؛ ونصححه على رواية أو يخالعها بغير عوض، ونقول بصحته، وأنه طلاق، وأجمعوا أيضاً على أنه لا رجعة له إذا انقضت العدة، وسند الإجماعين قول الله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ إلى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي في مدة القروء فالآية الكريمة دالة بمنطوقها على منطوق كلام الشيخ، وبمفهومها على مفهومه.

وقد دل كلام الخرقي رحمه الله على أنه لا يعتبر رضى المرأة في الرجعة، ولا ريب في ذلك، للآية الكريمة، ولقوله سبحانه: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١ والطلاق: ٢] فخاطب الأزواج بذلك، فإن قيل: قوله سبحانه: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] يقتضي بظاهره أن لغيرهن حقاً، قيل: الأحقية والحقية كلاهما بالنسبة إلى الزوج، فإذا أراد إصلاحاً ـ كما نطقت به الآية الكريمة ـ فهو أحق، وإن لم يرد إصلاحاً فله حق، فتصح منه الرجعة مع النهي عن ذلك.

قال: وللعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث.

ش: قد تقدم أن العبد لا يملك إلا اثنتين، فهو ليس له الرجعة إلا بعد الواحدة، أما بعد الاثنتين فقد استوفى عدد طلاقه، وبانت منه زوجته.

قال: ولو كانت حاملاً باثنين فوضعت واحداً كان له مراجعتها قبل أن تضع الثاني.

ش: لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فجعل سبحانه الأجل وضع الحمل، والحمل يتناول الولدين وأكثر، وإذا كان الأجل وهو العدة باقياً فله الرجعة، لبقاء العدة، وبطريق الأولى لو وضعت بعض الولد، كان له الارتجاع قبل وضع بقيته.

قال: والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين: اشهدا أني قد راجعت امرأتي. بلا ولي يحضره، ولا صداق يزيده، وقد روي عن أحمد رواية أخرى تدل على أن الرجعة تجوز بلا شهادة.

ش: الرواية الأولى عزيت إلى اختيار الخرقي، وأبي إسحاق ابن شاقلا في تعاليقه، ونص عليها أحمد في رواية مهنا، لقول الله سبحانه: ﴿فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢] أمر وظاهر الأمر الوجوب، ولأنه استباحة بضع مقصود، فوجبت الشهادة فيه كالنكاح (والثانية) نص عليها في رواية ابن منصور، واختارها أبو بكر، والقاضي وأصحابه، الشريف وأبو الخطاب، وابن عقيل والشيرازي وغيرهم، لإطلاق: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ﴾ وإذاً يحمل الأمر في الآية الكريمة على الاستحباب، جمعاً بينهما، وأيضاً فالله سبحانه قال: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟﴾ وليس فيه ما يقتضي المقارنة للرجعة، فلو أشهد بعد الرجعة وفّى مقتضى الآية، والإشهاد بعد الرجعة مستحب بالإجماع، فكذلك عند الرجعة، حذاراً من الجمع بين الحقيقة والمجاز في اللفظ الواحد، ولأنها لا يشترط لها الولي، فلم تشترط لها الشهادة كالبيع، وما قيل في قياس الأولى أنها استباحة بضع فغير مسلم، إذ الرجعية مباحة على الصحيحة كما سيأتي.

إذا تقرر هذا فجعل أبو البركات هاتين الروايتين على قولنا بأن الرجعة لا تحصل إلا بالقول، وهو واضح، أما إن قلنا: إنها تحصل بالوطء فكلامه يقتضي أنه لا يشترط الإشهاد رواية واحدة، وعامة الأصحاب يطلقون الخلاف، وهو ظاهر كلام القاضي في التعليق، قال: لما أورد عليه أن الوطء لا يكون رجعة: لأن الله سبحانه أمر بالشهادة، والشهادة لا تتأتى على الوطء، فأجاب: ليس في الآية ما يقتضي المقارنة، فيطأ ثم يشهد، فأورد عليه أن هذا إشهاد على الإقرار بالرجعة، وليس بإشهاد على الرجعة، فأجاب: الله سبحانه أمر بالإشهاد، وأطلق، (ومقتضى) كلام الخرقي رحمه الله أن الرجعة محصورة في القول، لقوله: والمراجعة أن يقول. فلا تحصل بالوطء ولا بغيره، (وهذا إحدى الروايات) عن أحمد، لظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ والظاهر من الإشهاد إنما هو على القول، وقد تقدم جواب القاضي عن هذا، وأيضاً فالرجعة تراد لإصلاح الثلم الداخل في النكاح، ونفس النكاح لا يقع بالفعل، كذلك إزالة ما دخله من الثلم (والرواية الثانية) أن الرجعة تحصل بالوطء وإن لم ينو، اختارها ابن حامد، والقاضي وأصحابه، لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى

ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والرد حقيقة في الفعل، بدليل: رددت الوديعة. وأيضاً: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢] وحقيقة الإمساك في الفعل أيضاً، ولأنها مدة معلومة، خير بين القول الذي يبطلها، وبين تركها حتى تمضي المدة، فقام الوطء فيها مقام القول، كالبيع بشرط الخيار، والمعنى فيهما أن كلا منهما وطؤه دليل على رغبته في الموطوءة، واختيار رجوعها إليه (والرواية الثالثة) وهي اختيار أبي العباس: إن نوى الرجعة بالوطء حصلت، للعلم برغبته فيها، وإلا لم تحصل.

وعلى القول بحصول الرجعة بالوطء لا تحصل بالقبلة ولا باللمس، نص عليه أحمد في رواية ابن القاسم، وعليه الأصحاب، وإن كانا لشهوة، وخرج القاضي وغيره رواية بحصول الرجعة بذلك، بناء على ثبوت تحريم المصاهرة بهما، وخرجها أبو البركات من نصه في رواية ابن منصور على أن الخلوة تحصل بها الرجعة، قال: فاللمس ونظر الفرج أولى، وقد حكى أبو الخطاب عن الأصحاب أنهم قالوا: إن الرجعة تحصل بالخلوة، واختار هو أنها لا تحصل، وتبعه على ذلك أبو محمد في المغني وغيره، إلا أن مقتضى كلامه في المقنع أن أحمد نص على أن الخلوة لا تحصل بها الرجعة، وليس كذلك فإن نص أحمد في رواية ابن القاسم إنما هو في اللمس والقبلة، إذ الرجعة لا تحصل بهما، ونصه في الخلوة أن الرجعة لا تحصل بها، وقد يقال: إن في كلام الأصحاب تهافت، حيث قالوا: إن الرجعة لا تحصل بالقبلة ونحوها وقالوا: إنها تحصل بالخلوة، ويجاب بأن الخلوة عندهم بمنزلة الوطء، بدليل تقرر الصداق، ووجوب العدة بها، ونحو ذلك، فكذلك في حصول الرجعة.

واعلم أن الأصحاب مختلفون في حصول الرجعة بالوطء، هل هو مبني على القول بحل الرجعية أم مطلقاً، على طريقتين للأصحاب (إحداهما) ـ وهي طريقة الأكثرين، منهم القاضي في روايتيه وفي جامعه وجماعة ـ عدم البناء (والثانية) ـ وهي مقتضى كلام أبي البركات، ويحتملها كلام القاضي في التعليق ـ البناء، فإن قلنا: الرجعية مباحة حصلت الرجعة بالوطء، وإن قلنا: محرمة. لم تحصل، وهذه طريقة أبي الخطاب في الهداية، قال: لعل الاختلاف مبني على حل الوطء وعدمه، وقد تضمن هذا أن في حل الرجعية خلافاً، وهو كذلك كما تقدمت الإشارة إليه، والمذهب المشهور المنصوص حلها، وعليه عامة الأصحاب، لإطلاق: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣] والرجعية من نسائه، بدليل لو قال: نساؤه طوالق، فإنها تطلق، وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فسماه الله تعالى بعلاً، والبعل تباح زوجته، فكذلك هنا، والرد إلى ما كانت عليه، لزوال الثلم الحاصل بالطلاق، ولأنها في حكم الزوجة في الإرث واللعان، وغير ذلك، فكذلك في الحل، وأومأ أحمد في رواية أبي داود إلى التحريم، فقال: أكره أن يرى شعرها، فأخذ من ذلك القاضي ومن تبعه رواية بالتحريم، وهي ظاهر كلام الخرقي حيث قال فيما تقدم:

لأنه متيقن للتحريم، شاك في التحليل، لأنه طلاق، فأثبت التحريم كالذي بعوض، أو معتدة فحرم وطؤها كالمعتدة التي قال لها: أنت بائن. انتهى، وقد تقدم أنه مما يبنى على ذلك حصول الرجعة وعدمها، ومما ينبني عليه المهر إذا وطئها، إن قلنا مباحة فلا مهر، وكذلك إن قلنا محرمة وطاوعته، أما إن أكرهها وقلنا محرمة فثلاثة أوجه (الوجوب) مطلقاً، وهو ظاهر ما جزم به أبو الخطاب في الهداية (وعدمه) وبه قطع القاضي في التعليق، وفي الجامع الصغير، والشريف في خلافه، وإليه ميل أبي محمد (والثالث) التفرقة إن راجعها لم يجب، وإلا وجب، وبه قطع أبو محمد في المقنع، أما الحد فلا يجب بوطئها بلا ريب، وإن قلنا بالتحريم، وينبغي أن يلحق النسب به بلا نزاع، لاندراء الحد، قال أحمد: كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد، ووقع في كلام أبي البركات في الطلاق ما قيل: إنه يقتضي قولين، بناء على الحل وعدمه، وليس بالبين. انتهى.

وصرح الخرقي رحمه الله بأنه لا يشترط في الرجعة ولي ولا صداق، وهو إجماع والحمد لله، وظاهر القرآن يشهد له، وهل يبطل الرجعة التواصي بالكتمان، نص في رواية أبي طالب على البطلان، وخرج عدمه من نصه على عدم البطلان بذلك في النكاح.

قال: وإذا قال: ارتجعتك. فقالت: انقضت عدتي قبل رجعتك. فالقول قولها مع يمينها، إذا ادعت من ذلك ممكناً.

ش: قول المرأة مقبول في عدتها في الجملة، لقول الله سبحانه: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] قيل: المراد الحمل والحيض، ولولا أن قولها مقبول في ذلك لما حرم عليها كتمانه، ثم إذا اختلفت هي والزوج هل راجعها في العدة أم لا؟ فلا يخلو إما أن يكون في وقت حكم بأنه من عدتها، أو في وقت حكم بانقضاء عدتها فيه، أو في وقت محتمل لهما، فالأول قول الزوج بلا ريب، لأنه يملك الإنشاء فملك الإقرار، فإذا قال في العدة: راجعتها أمس أو منذ كذا. قبل قوله، وفي الثاني: القول قولها بلا ريب أيضاً كذلك، فإذا قال بعد انقضاء عدتها: كنت راجعتها. وأنكرته، فالقول قولها، لأنه لا يملك الإنشاء، فلا يملك الإقرار.

وفي الثالث لا يخلو إما أن تسبقه بالدعوى أو يسبقها بالدعوى، أو يتداعيا معاً، فإن سبقته بالدعوى كأن قالت في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها: قد انقضت عدتي. فيقول هو: كنت راجعتك. فالقول قولها بلا خلاف نعلمه، لأن خبرها والحال هذه بانقضاء عدتها مقبول، فبقولها: انقضت عدتي. حكم بانقضاء عدتها، فدعواه بعد ذلك غير مقبولة، لانتفاء إنشائه، وإذاً ينتفي إخباره أيضاً.

وإن سبقها بأن قال والحال ما تقدم: راجعتك. فتقول هي: انقضت عدتي قبل رجعتك. ففيه قولان (أحدهما) ـ وهو الذي قاله الخرقي، وتبعه عليه الشيرازي ـ:

القول قولها، لظاهر قول الله سبحانه: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وإطلاقها يقتضي أن قولها مقبول مطلقاً (والثاني) ـ وبه قطع أبو الخطاب في الهداية، واختاره القاضي وغيره ـ القول قول الزوج، لما تقدم فيما إذا سبقته هي، وعلى هذا القول إذا تداعيا معاً فهل القول قولها، لترجح جانبها، أو قول من تقع له القرعة لتساويهما؟ (وجهان).

وقول الخرقي: ما إذا ادعت من ذلك ممكناً. يلتفت إلى قاعدة، وهو ما الممكن في انقضاء العدة؟ (فإن كانت) العدة بالأقراء فأقل ما يمكن انقضاء العدة تسعة وعشرون يوماً ولحظة، إن قيل: القرء الحيض، وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً، وإن قيل: خمسة عشر فثلاثة وثلاثون يوماً ولحظة، وإن قيل: القرء الطهر، وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً، فثمانية وعشرون يوماً ولحظتان، وإن قيل: الطهر خمسة عشر، فاثنان وثلاثون يوماً ولحظتان، إلا أن المنصوص عن أحمد أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها بالأقراء في شهر لا يقبل قولها إلا ببينة، وظاهر قول الخرقي القبول مطلقاً، لأنه أناط ذلك بالإمكان، (وإن كانت) العدة بوضع الحمل، وادعت وضع ولد تام فالممكن ستة أشهر فأزيد منذ إمكان الوطء بعد العقد، وإن ادعت سقطاً فالممكن ثمانون يوماً، (وإن كانت) بالأشهر فهو أمر محدود معروف، والنزاع فيه إنما ينبني على أول وقت الطلاق، والقول قول الزوج في ذلك، فإذا قال: طلقتك في ذي الحجة فلي رجعتك. وقالت: بل طلقتني في شوال، فلا رجعة لك. فالقول قوله، إذ الأصل بقاء النكاح، وعكس هذا لو ادعى أنه طلقها في شوال، لتسقط النفقة، وقالت هي: بل في ذي الحجة، فالقول قولها، نظراً إلى الأصل أيضاً، إذ الأصل بقاء وجوب النفقة، فكذلك إذا لم يكن لها نفقة، لأنها تقر على نفسها بما هو أغلظ، وحيث قيل: القول قولها، فأنكرها الزوج، فهل تجب عليها اليمين، وهو اختيار الخرقي، وأبي محمد لعموم «اليمين على المدعى عليه» أو لا تجب وقال القاضي: إنه قياس المذهب، إذ الرجعة لا يصح بذلها، فأشبهت الحدود، وعن أحمد ما يدل على روايتين، وعلى الأول إن نكلت لم يقض بالنكول، قاله القاضي، ولأبي محمد احتمال أن يستحلف الزوج، وله الرجعة بناء على القول برد اليمين على المدعى عليه. انتهى.

قال: ولو طلقها واحدة، فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية، بنت على ما مضى من العدة.

ش: لأنهما طلاقان لم يتخللهما إصابة ولا خلوة، فلم يجب بهما أكثر من واحدة، كما لو والى بينهما، وكذلك الحكم لو طلقها ثم فسخ نكاحها لعيب في أحدهما، ونحو ذلك انتهى.

قال: ولو طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم، فاعتدت ثم نكحت غيره، وأصابها ردت إليه، ولا يطأها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين، والرواية

الأخرى: هي زوجة الثاني.

ش: الرواية الأولى هي المذهب بلا ريب، لأنها زوجته، نكحها نكاحاً صحيحاً، فردت إليه، كما لو غصبها غاصب.

٢٧٤١ ـ ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه.

٢٧٤٢ ـ (والثانية) تروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وقول الخرقي: ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم. لأنه إذا لم يشهد فإن قلنا: الإشهاد شرط لصحة الرجعة؛ فقد فات الشرط، فتبطل الرجعة، وتكون زوجة الثاني بلا ريب، وإن قيل: إنه ليس بشرط، فالنكاح صحيح في الباطن، لكن لا يقبل قوله في ذلك، لا على الزوج، ولا على المرأة، لأنه لا يملك الإنشاء فلا يملك الإقرار، ثم ينظر في الزوج والمرأة فإن صدقاه كان كما لو قامت به البينة، وإن صدقه الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه، فتبين منه، وعليه للمرأة مهرها، إن كان بعد الدخول، ونصفه إن كان قبله، لأنه لا يصدق على المرأة في إسقاطه حقها، ولا تسلم المرأة للمدعي لما تقدم، ويكون القول قولها، وهل هو مع يمينها؟ على وجهين، وإن صدقته المرأة وحدها لم يقبل قولها على الزوج الثاني، في فسخ نكاحه، لكن متى زال نكاحه ردت إلى الأول، لأن المنع من الرد كان لحق الثاني وقد زال، ولا يلزم المرأة مهر الأول، على ما أورده الشيخان مذهباً، لاستقراره لها، أشبه ما لو قتلت نفسها، وألزمها القاضي له بالمهر لإقرارها، بحيلولتها بينه وبين بضعها، وهذا قياس المنصوص في الرضاع، وهو اختيار القاضي أيضاً ثم، واختيار الشيخين ثم أيضاً عدمه، جريا على قاعدتهم، فإن مات الأول والحال هذه، وهي في نكاح الثاني، فقال أبو محمد: ينبغي أن ترثه، لإقراره بزوجيتها، وتصديقها له، وإن ماتت لم يرثها، لتعلق حق الثاني بالإرث، وإن مات الثاني لم ترثه لإنكارها صحة نكاحه.

قلت: ولا يمكن من تزويج أختها، ولا تزويج أربع سواها انتهى؛ وقول الخرقي: من حيث لا تعلم. لأنها إذا علمت لم يصح نكاح الثاني بلا خلاف، وقوله: فاعتدت، لأنها إذا لم تعتد فلا ريب في بطلان نكاح الثاني، وقوله: ثم نكحت غيره وأصابها. لأنه إذا لم يدخل بها فلا خلاف أنها زوجة الأول، لأن بالدخول حصل للثاني مزية، فلذلك قدم في رواية مرجوحة، وقوله: ولم يصبها حتى تنقضي عدتها. يعني إذا ردت إلى الأول بعد إصابة الثاني لها، لم يصبها حتى تنقضي عدتها من الثاني، لتعلم براءة رحمها.

قال رحمه الله: وإذا طلقها وانقضت عدتها منه، ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها، ثم طلقها أو مات عنها، وانقضت عدتها منه، وكان ذلك ممكناً، فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح، وإن لم تكن عنده في هذه الحال لم

ينكحها حتى يصح عنده قولها

ش: ملخص الأمر أن الأحكام تناط بغلبة الظن كثيراً، والمرأة مؤتمنة على نفسها، وعلى ما أخبرت به عنها، ولا سبيل إلى ذلك على الحقيقة إلا من جهتها، فوجب الرجوع إلى قولها، كما لو أخبرت بانقضاء عدتها، ومقتضى قوله أنه إذا لم يعرف منها الصدق والصلاح لا يقبل قولها، وهو كذلك، لأنه لم يوجد ما يغلب على ظنه صدقها، والأصل التحريم، فيبقى عليه، ومقتضى كلامه أنه يرجع إلى قول المرأة، إذا كانت بالصفة المتقدمة، وإن أنكر الزوج الذي ادعت إصابته لها، ولو قال الزوج الأول: أنا أعلم أن الثاني ما أصابها. لم تحل له، إذ لا غلبة ظن مع العلم بالتحريم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الإيلاء

ش: الإيلاء بالمد الحلف، مصدر آلى يؤلي إيلاء وتألى وأتلى، والألية بوزن فعيلة اليمين، وكذلك الألوة بسكون اللام وتثليث الهمزة والإيلاء شرعاً حلف الزوج القادر على الوطء بالله تعالى أو بصفة من صفاته، على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر، وفي بعض هذه القيود خلاف، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية.

٢٧٤٣ ـ وثبت أن رسول الله ﷺ آلى من نسائه أو من بعض نسائه شهراً[١].

قال رحمه الله: والمولي هو الذي يحلف بالله عز وجل أن لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر.

ش: ذكر الخرقي رحمه الله أن للمولي ثلاث صفات (إحداها) أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته سبحانه، ولا نزاع أن من حلف بذلك يكون مولياً، لإرادته من الآية الكريمة، إما بخصوصه وإما مع غيره، واختلف فيمن حلف بغير ذلك، كمن حلف بطلاق ونحوه هل يكون مولياً أم لا؟ فعنه ـ وهو المشهور والمنصوص، والمختار لعامة الأصحاب ـ لا يكون مولياً، لأن الإيلاء إذا أطلق ينصرف إلى القسم بالله تعالى.

٢٧٤٤ ـ وقد قرأ ابن عباس وأبي: ﴿يقسمون﴾.

٢٧٤٥ ـ وفسره ترجمان القرآن عبد الله بن عباس بأنه الحلف بالله تعالى ذكره الإمام أحمد عنه.

٢٧٤٦ ـ وعن الشعبي عن مسروق عن عائشة رضي الله عنها قالت آلى رسول الله ﷺ من نسائه وحرم، فجعل الحرام حلالاً، وجعل في اليمين الكفارة[٢]. رواه ابن ماجه والترمذي، وذكر أنه روي عن الشعبي مرسلاً وأنه أصح، فدل على أن حلفه كان بالله، وفعله خرج بياناً للإيلاء المشروع، ثم في الآية قرينة تدل على أن المراد اليمين به سبحانه، وهو قوله: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] فالمغفرة لما حصل من انتهاك حرمة القسم، ولا انتهاك للطلاق ونحوه (وعنه) يكون مولياً، لإطلاق: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ﴾ أي يحلفون، والحالف بالطلاق ونحوه حالف، بدليل: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق. ثم قال: إن وطئتك فأنت طالق (وعنه) واختاره أبو بكر في الشافي:

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٣٧٨، ١٩١١، ٢٤٦٩، ٥٢٨٩، والنسائي ٦/١٦٧، وأحمد ٣/٢٠٠.

(٢) أخرجه الترمذي ١٢١٥، وابن ماجه حديث ٢٠٧٢.

يحصل بكل يمين مكفرة، قال أبو بكر أصل الإيلاء عند أبي عبد الله اليمين بالله تعالى، وكل يمين من حرام وغيره إذا وجبت في اليمين كفارة. انتهى، وهذا القول متوسط، وعليه فيخص الإيلاء باليمين بالله تعالى، والظهار، والنذر، وتحريم المباح.

٢٧٤٧ ـ وفي الحديث: «النذر حلف، وكفارته كفارة يمين»(١) وعلى الثانية لا بد أن يحلف بما يلزمه به حق، كالطلاق والعتاق، وتحريم المباح، والنذر، وإن كان مباحاً أو محرماً، على مقتضى إطلاق كلام أبي الخطاب وأبي البركات وغيرهما، وقال أبو محمد: إنه قياس المذهب، بناء على انعقاد النذر بهما، ولو قال: إن وطئتك فأنت زانية. لم يكن مولياً، لأنه لا يلزمه بالوطء شيء، لأنه إذا وطئ لا يصير قاذفاً لانتفاء تعلق القذف بالشرط.

(تنبيه) قال أبو الخطاب في خلافه الصغير: هذه المسألة إنما تصح على أصلنا على الرواية التي تقول: إذا ترك وطأها مضاراً من غير يمين لا يكون مولياً.

قلت: كأنه بحلفه علم منه الإضرار، فحكم عليه بالإيلاء على المذهب، وإذاً تنتفي هذه المسألة كما قال أبو الخطاب، ومقتضى كلام القاضي في التعليق أنه لا يكون مولياً ثم حتى يمتنع من فعل ما حلف عليه، على وجه يعلم به قصد الإضرار، كأن يحلف بالطلاق لأفعلن كذا، ثم يتركه ولا عذر له، أو يظاهر منها ولا يكفر، ونحو ذلك، كذا مثل القاضي انتهى (الصفة الثانية) أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر أو مطلقاً، وهذا هو المذهب المنصوص، والمختار للأصحاب، لأن قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾﴾ [البقرة: ٢٢٦] فظاهر الآية الكريمة يقتضي أن الفيئة بعد مدة التربص، والفيئة هي الرجوع عما حلف عليه، وذلك إنما يكون مع بقاء اليمين، ولازم ذلك أن تكون اليمين على أكثر من أربعة أشهر (وعن أحمد) رواية أخرى يصح على أربعة أشهر، ولا يصح فيما دون ذلك، وهو مبني على أصل، وهو أن الفيئة تكون في مدة التربص، والتربص إنما هو أربعة أشهر.

٢٧٤٨ ـ واستدل على ذلك بأن ابن مسعود قرأ: ﴿فَإِن فَآءُو فِيِنَّ﴾ أي في الأربعة أشهر، ولأصحابنا ظاهر الآية الكريمة، فإن الفاء للتعقيب، فظاهر الآية الكريمة أن الفيئة والطلاق يكونان بعد مدة التربص.

٢٧٤٩ ـ يرشح هذا ما قاله أحمد في رواية أبي طالب قال: قال عمر وعثمان وعلي، وابن عمر رضي الله عنهم: يوقف المولي بعد الأربعة الأشهر، فإما أن يفيء، وإما أن يطلق.

٢٧٥٠ ـ وعن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه أنه قال: سألت اثني عشر رجلاً من

---

(١) أخرجه مسلم ١١/ ٢٠٤، وأبو داود حديث ٣٣٢٤، والنسائي ٧/ ٢٦، وأحمد ٤/ ١٤٤، ١٤٧.

أصحاب النبي ﷺ عن الرجل يولي، قالوا: ليس بشيء حتى تمضي أربعة أشهر، فيوقف فإن فاء وإلا طلق. رواه الدارقطني[١]، وما يروى عن ابن مسعود فلا يعلم صحته (الصفة الثالثة) أن يحلف على ترك وطء زوجته، ووطء الزوجة إنما ينصرف غالباً لوطئها في الفرج تختص يمينه بذلك بأن يقول والله لا وطأتك في قبلك. أو لا وطئتك ويطلق، فلو حلف أن لا يطأها في الدبر، أو دون الفرج، لم يكن مولياً، لأنه إنما يصير مولياً من امتناعه مما وجب عليه، وهذا ليس بواجب عليه، ولو حلف أن لا يطأ أمته أو أجنبية مطلقاً، أو إن تزوجها، لم يكن مولياً على المذهب بلا ريب، لأن الإيلاء الذي ذكره الله تعالى ذكره في النساء، قال سبحانه: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾.

وخرج الشريف أبو جعفر وغيره صحته من الأجنبية مطلقاً، من قول أحمد في الظهار: يصح قبل النكاح، لأنه يمين، فمقتضى تعليله صحة الإيلاء، لأنه يمين، وخرج أبو البركات صحته بشرط إضافته إلى النكاح كالطلاق في رواية.

(ويدخل) في كلام الشيخ الرجعية، لأنها زوجة فيصح الإيلاء منها، وهذا هو المشهور من الروايتين، والمذهب بلا ريب عند الأصحاب، بناء على دخولها في نسائه، (وعنه) لا يصح الإيلاء منها، وعلله بأن الطلاق منعه من الجماع، فبناه على تحريمها، والخرقي يقول بالتحريم فترد عليه، ويدخل في كلامه أيضاً كل زوجة وإن كانت ذمية أو أمة أو صغيرة أو مجنونة، للآية الكريمة وتطالب الصغيرة والمجنونة عند تكليفهما، وكذلك يدخل من لم يمكن وطؤها لرتق ونحوه، وقد أومأ إليه أحمد في رواية مهنا، وجزم به القاضي في تعليقه وجامعه، وجماعة من أصحابه، كالشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وابن البنا، للآية الكريمة، وهي قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ وزوج الرتقاء ونحوها قد آلى منها، فدخل تحت العموم، والعجز عن الوطء لا يمنع صحة الإيلاء، كما لو آلى منها وبينهما مسافة لا يصل إليها فيها (وفي المذهب) قول آخر أنه لا يصح الإيلاء من الرتقاء ونحوها، وأورده أبو الخطاب وأبو محمد مذهباً، وصححه صاحب البلغة، لأن المنع هنا ليس باليمين، والمولي هو الممتنع بيمينه من وطء زوجته، وعلى الأول يفيء فيئة المعذور، صرح به القاضي وغيره.

ويدخل في كلام الخرقي كل زوج حلف على وطء زوجته وإن كان عبداً، للآية الكريمة، وكذلك إن كان ذمياً للآية الكريمة أيضاً، وفائدته في أنه يوقف بعد إسلامه، ويؤخذ بالكفارة، كذا قال القاضي في تعليقه، وقال أبو محمد: يلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا؛ وظاهر هذا أنه يوقف في كفره، وكذلك إن كان خصياً أو مريضاً يرجى برؤه، للآية أيضاً، وكذلك إن لم يتصور منه الوطء لجب أو شلل، على عموم

(١) سنن الدارقطني ٤/ ٦١.

كلام الخرقي، وصرح به من تقدم في المرأة إذا كانت رتقاء، والخلاف هنا كالخلاف ثم سواء.

نعم يستثنى من عموم كلام الشيخ إذا كان الزوج غير مكلف كالصبي والمجنون، فإنه لا يصح إيلاؤه، لانتفاء الشرط في حقهما، وهو اليمين بالله تعالى، نعم ينبغي على القول بصحة الإيلاء بالطلاق ونحوه أنه يصح الإيلاء من الصبي، حيث صح طلاقه، لوجود شرط الإيلاء في حقه إذاً، وأطلق أبو الخطاب في الهداية في السكران والمميز وجهين، وقال: بناء على طلاقهما. والله أعلم.

قال: وإذا مضى أربعة أشهر ورافعته أمر بالفيئة.

ش: مدة الإيلاء أربعة أشهر، للآية الكريمة، ولا فرق بين الحر والعبد، على المشهور من الروايتين، والمختار لعامة الأصحاب، تمسكاً بالعموم (والرواية الثانية) ـ واختارها أبو بكر ـ أنها في العبد على النصف من الحر، وذلك شهران، لأنه على النصف في الطلاق والنكاح، فكذلك في هذا، ولا تفريع على هذه، أما على المذهب فإذا آلى الرجل من زوجته ضرب له مدة أربعة أشهر، لا تطالب فيهن بوطء، فإذا مضت المدة ورافعته الزوجة إلى الحاكم، أمره الحاكم بالفيئة، لظاهر قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾﴾ [البقرة: ٢٢٦] وظاهره أن الفيئة بعد مدة التربص، لأنه عقبها للمدة، وهو مقتضى ما تقدم عن الصحابة رضوان الله عليهم.

ومقتضى كلام الخرقي أن ابتداء الأربعة أشهر من حين اليمين، وأنه لا يحتاج في المدة إلى ضرب من الحاكم، وهو كذلك، وأنه لا بد في أمره بالفيئة من أن ترفعه بعد ذلك إلى الحاكم، ولا بد من ذلك، لأن الحق لها، فوقف على طلبها، ويؤخذ من هذا أن الصغيرة والمجنونة لا تطالب إلا بعد زوال الصغر والجنون، ليصح طلبهما، وأنها لا تطلق بمضي المدة، ولا نزاع في ذلك عندنا، لظاهر الآية الكريمة وقد تقدم أيضاً عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم ما يقتضي ذلك، ثم في الآية أيضاً إنما أخر لذلك، وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [الطلاق: ٢٢٧] فمقتضاه أن ثم عزم وطلاق مسموع، ومن طلقت بهذه المدة فلا عزم ولا شيء يسمع.

٢٧٥١ ـ وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: إذا مضت أربعة أشهر يوقف حتى يطلق، فلا يقع عليه الطلاق حتى يطلق، يعني المولي. أخرجه البخاري[١]، قال: ويذكر ذلك عن عثمان وعلي، وأبي الدرداء، وعائشة، واثني عشر رجلاً من أصحاب النبي ﷺ.

---

(١) صحيح البخاري حديث ٥٢٩١.

ومقتضى إطلاق الخرقي أنه لا فرق بين أن يوجد في المدة مانع للوطء من قبلها أو من قبله، أو لا يوجد، ولا نزاع في ذلك إذا كان المانع من قبله، لوجود التمكين، وفيما إذا كان المانع من قبلها قولان (أحدهما) ـ وهو الذي قطع به القاضي في تعليقه، والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وابن البنا ـ أنه يحتسب عليه بمدته، كما إذا كان المانع من جهته، وهو ظاهر إطلاق الآية الكريمة (والثاني) ـ وهو الذي جزم به أبو محمد في كتبه الثلاثة، وقدمه أبو الخطاب في الهداية ـ لا يحتسب عليه، لأن المنع من قبلها لا من قبله، ولعل هذا يلتفت إلى أصل تقدم، وهو أنه يصح الإيلاء ممن يتعذر وطؤها، والعامة على الصحة، فقياس قولهم هنا الاحتساب، وأبو محمد يقول ثم لا يصح، وهنا جرى على ذلك، وعلى هذا القول إن طرأ العذر استأنفت المدة عند زواله، لأن ظاهر الآية يقتضي توالي الأربعة أشهر، وخرج أن يسقط أوقات المنع، وتبني ويستثنى على هذا القول الحيض، فإنه يحتسب من مدته بلا ريب، لئلا يودي إلى إسقاط حكم الإيلاء، لأن الغالب أنه لا يخلو منه شهر، وفي الاحتساب بمدة النفاس وجهان، واعلم أن من شرط مضي الأربعة أشهر والطلب عقبهن أن لا تنحل اليمين فيهن بحنث ولا تكفير ولا غيره، كما إذا أبانها في أثناء المدة، ولم يعدها إلى نكاحه حتى انقضت، لأن المقتضي للطلب الإيلاء وقد زال.

قال: والفيئة الجماع.

ش: الفيئة هي الرجوع عن الشيء الذي قد لابسه الإنسان، والزوج قد لابس الامتناع من الوطء، فيرجع عنه ويجامع، وهذا في حق القادر على الوطء كما سيأتي.

قال: أو يكون له عذر من مرض أو إحرام، أو شيء لا يمكن معه الجماع، فيقول: متى قدرت جامعتها. فيكون ذلك من قوله فيئة.

ش: يعني أن القادر على الوطء فيئته الجماع بلا ريب، أما العاجز عن الوطء لمرض ونحوه ففيئته باللسان، لأنه لما عجز عن الوطء، قام اللسان مقامه، لأنه الذي يقدر عليه، فيدخل تحت «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[1] ثم اختلف الأصحاب في صفة ذلك، فقال الخرقي: يعدها فيقول: متى قدرت جامعتك. وعلى هذا لو كان مجبوباً قال: لو قدرت جامعتك. وتبعه على ذلك القاضي في المجرد، وحسنه أبو محمد، وزاد القاضي في تعليقه أن يقول مع ذلك: قد ندمت على مافعلت، وقال هو: إن صفة الفيئة أن يقول: فئت إليك. وهو مقتضى قول عامة أصحابه، ووقع في كلام القاضي أن المسألة على روايتين، وانبنى على ذلك إذا قدر على الوطء هل يلزمه؟ فالخرقي وأبو محمد يقولان يلزمه، وفاء بالوعد، وإليه ميل القاضي في الروايتين، وهو لازم قوله في المجرد، قال القاضي: وقد أومأ إليه أحمد في رواية حنبل، إذا فاء بلسانه، وأشهد على ذلك كان فائياً، قال: ومعنى قوله: أشهد على

(١) تقدم الحديث مع تخريجه مراراً.

ذلك. أي أشهد على ما به من العذر أنه لو كان قادراً أو قدر على ذلك فأنا أفعل؛ واختار القاضي في التعليق وجمهور أصحابه، كالشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، وقبلهما أبو بكر أنه لا يلزمه، لحصول الواجب عليه وهو الفيئة، إذ لا وعد، قال القاضي في التعليق وفي الجامع، متابعة لأبي بكر ـ إنه ظاهر كلام أحمد في رواية مهنا، وسئل إذا آلى من امرأته وهو غائب عنها، بينه وبينها مسيرة أربعة أشهر، أو تكون صغيرة أو رتقاء أو حائضاً، يجزيه أن يفيء بلسانه وقلبه، إذا كان لا يقدر عليها، وقد سقط عنه الإيلاء، واعترض ذلك القاضي في الروايتين، فقال: معنى قوله: سقط عنه الإيلاء، يعني في الحال، لا أنه سقط مطلقاً، وقد ذكر الخرقي ممن يفيء بلسانه المحرم، ولم يفرق بين أن تطول مدة إحرامه أو تقصر، قال أبو محمد: وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور، وقال أبو البركات يمهل المحرم حتى يحل، وأطلق ثم قال بعد ذلك: إن الزوج إذا كان به عذر من مرض أو إحرام، أو صوم فرض ونحوه، وطالت مدته، فاء فيئة المعذور، مع أنه قدم أن المظاهر لا يمهل لصيام الشهرين، بل يؤمر بالطلاق، وكذلك قال أبو محمد: إنه لا يمهل لصوم الشهرين، وخرج من المحرم فيه قولاً أنه يمهل، وقولاً أنه يفيء فيئة المعذور، انتهى.

قلت: وهذا من أبي البركات ظاهره التناقض.

قال: فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق.

ش: إذا لم يفعل الفيئة الواجبة ـ وهي الجماع ـ مع القدرة، أو القول مع عدمها، أمر بالطلاق، لظاهر قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة: ٢٢٦ـ ٢٢٧] فظاهرها أنه إذا لم يفء يطلق، وكذا فهمت الصحابة رضوان الله عليهم، وقد تقدم، وأيضاً فإن الله سبحانه قال: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وإذا لم يفء فلم يمسك بمعروف، فتسريح بإحسان. والله أعلم.

قال: فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه.

ش: هذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار القاضي في تعليقه، والشريف وأبي الخطاب والشيرازي، وأبي محمد وغيرهم، لأنه حق تدخله النيابة، مستحقه متعين، فإذا امتنع من هو عليه من الإيفاء، كان للسلطان الاستيفاء كالدين، وخرج إذا أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة، ولم يختر، لم يملك الحاكم الاختيار، لأن الحق غير متعين (والرواية الثانية) ليس للحاكم أن يطلق عليه، بل يحبسه ويضيق عليه حتى يطلق، لأن الله تعالى أضاف الطلاق إليه بقوله: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾.

٢٧٥٢ ـ ولعموم «الطلاق لمن أخذ بالساق»[1] وحُمِلا على حال الاختيار،

---

(١) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٠٨١.

وظاهر كلام الخرقي أن المولي إذا طلق واحدة اكتفي بها، ولا ريب في ذلك، وظاهر كلامه أنها تكون رجعية، كالطلاق من غيره، وسيصرح بذلك، وذلك لأنه طلاق صادف مدخولاً بها، من غير عوض ولا استيفاء عدد، فوجب أن يكون رجعياً، كما لو لم يكن مولياً، وهذا إحدى الروايتين، واختيار أبي بكر، والقاضي وأصحابه، كالشريف وأبي الخطاب، والشيرازي، وابن عقيل، وأبي محمد (والرواية الثانية) يكون بائناً، لأن الطلاق إنما ثبت دفعا للضرر عنها، بامتناعه من وطئها، ومع كونه رجعياً لا يزول الضرر، لإمكان مراجعتها، وأجيب بأن الضرر يزول بضرب المدة بعد الرجعة إن بقيت مدة الإيلاء.

قال: **فإن طلق عليه ثلاثاً فهي ثلاث.**

ش: الحاكم مخير بين أن يفسخ النكاح وبين أن يطلق، فإن فسخ فهل يقع بذلك طلاق؟ على روايتين، حكاهما الشيرازي وجمهور الأصحاب، والمشهور المعروف أنه لا يقع، وعليه فهل تحرم عليه على التأبيد كفرقة اللعان، وهو اختيار أبي بكر أو تحل له وهو المذهب؟ على قولين، حكاهما أبو بكر، وامتنع ابن حامد وجمهور الأصحاب من ذلك، وجعلوا محلهما في فرقة اللعان، وهكذا الطريقتان في كل فرقة من الحاكم، وإن طلق فله أن يطلق واحدة واثنتين وثلاثاً، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب، لأنه قام مقامه، فملك ما يملكه، كما لو وكله في ذلك، وإذا طلق دون الثلاث فهل ذلك رجعي أو بائن؟ مبني على طلاق المولي (وعنه) رواية ثالثة ـ وهي المنصوصة ـ أن طلاق الحاكم بائن، لأنه موضوع لرفع النزاع، وطلاق المولي رجعي لما تقدم.

قال: **وإن طلق واحدة، وراجع وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر، كان الحكم كما حكمنا في الأول.**

ش: هذا تصريح من الخرقي بأن طلاق المولي يكون رجعياً، فإذا طلق وراجع نظرت في المدة، فإن بقي منها قدر مدة الإيلاء ـ وهو أكثر من أربعة أشهر على المذهب ـ كان الحكم كما لو حلف ابتداء، في أنه تضرب له المدة، ثم يؤمر بعدها بالفيئة، فإن فاء وإلا أمر بالطلاق، فإن طلق وإلا طلق الحاكم عليه، وجميع ما تقدم يجري هنا، وذلك لأنها زوجة ممنوع من وطئها بيمينه، أشبه ما لو لم يطلقها، وفقهه أن الحكمة في ضرب المدة في النكاح الأول زوال الضرر عنها، وهذا موجود في النكاح الثاني.

ومقتضى كلام الخرقي أنه إذا وقف فطلق أنه لا يبدأ بالمدة من حين طلق، بل من حين راجع، وهو مقتضى قول القاضي وغيره من الأصحاب، قال أبو محمد: ومقتضى قول ابن حامد أنه إذا طلق استؤنفت مدة أخرى من حين طلق، فإن تمت قبل انقضاء العدة وقف ثانياً، فإن فاء وإلا أمر بالطلاق، وهذا أخذه من قول ابن حامد: إنه إذا صح الإيلاء من الرجعية على المذهب تكون المدة من حين اليمين، وهو قول أبي

بكر أيضاً، قال القاضي: وهو قياس المذهب، بناء على أن الرجعية مباحة، وهذا من القاضي يقتضي أن على قول الخرقي لا يحتسب بالمدة إلا من حين الرجعة، إذ الرجعية عنده محرمة، وصرح بذلك أبو محمد فقال: يجيء على قول الخرقي أنه لا يحتسب بالمدة إلا من حين الرجعة، وملخصه أن هنا شيئين أحدهما إذا آلى من الرجعية وصححناه، فالمدة على المعروف من حين اليمين، وأبو محمد يأخذ من قول الخرقي بتحريم الرجعية، أن المدة لا تكون إلا من حين الرجعة، وهذا يجيء على قول أبي محمد، من أنه إذا كان مانع من جهتها لم يحتسب عليه بمدته، أما على قول غيره بالاحتساب فلا يتمشى، وإذاً قول القاضي: إن هذا قياس المذهب، بناء على أن الرجعية مباحة. ليس بجيد، بل هو قياس المذهب، وإن قلنا بتحريمها، ولهذا قال هو وغيره: إن المدة من حين اليمين (الشيء الثاني) إذا وقف فطلق طلاقاً رجعياً، فكل من وقفت على كلامه من الأصحاب يقول: لا تبتدئ المدة من حين الطلاق، وأبو محمد خرج من قول ابن حامد أن المدة تبتدىء من حين الطلاق، وهو غير مسلم له والله أعلم.

قال: ولو أوقفناه بعد الأربعة أشهر فقال: قد أصبتها. فإن كانت ثيباً كان القول قوله مع يمينه.

ش: نظرا للأصل، إذ الأصل بقاء النكاح، والمرأة تدعي ما يلزم منه رفعه، ولا ريب أن القول قول مدعي الأصل، لأن الظاهر معه، ثم هل ذلك مع يمينه؟ اختلفت نسخ الخرقي، وأبو بكر يختار أن لا يمين، والمسألة فيها روايتان، ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا كانت بكراً كان القول قولها، وهذا مشروط بما إذا شهدت البينة ببقاء عذرتها، وإلا فالقول قول الزوج لما تقدم والله أعلم.

قال: ولو آلى منها فلم يصبها حتى طلقها، وانقضت عدتها منه، ثم نكحها وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربع أشهر، وقف لها كما وصفت.

ش: لما تقدم فيما إذا طلقها ثم راجعها إذاً والحال هذه هو ممتنع من وطء زوجته بيمينه، أكثر من أربعة أشهر، فأشبه ما لو لم يطلق، وقوله: أكثر من أربعة أشهر. بناء على المذهب، وعلى هذا لو بقي أقل من ذلك لم تضرب له مدة، وقوله: كما وصفت. من أنه يؤمر بعد مضي المدة بالفيئة، فإن لم يفـء أمر بالطلاق، فإن طلق وإلا طلق الحاكم عليه لما تقدم.

قال: ولو آلى منها واختلفا في مضي الأربعة أشهر، كان القول قوله، في أنها لم تمض مع يمينه.

ش: لأن الاختلاف في ذلك يرجع إلى الاختلاف في وقت اليمين، ولو اختلفا في وقت اليمين كان القول قوله بلا ريب، إذ الأصل عدم الإيلاء في ما تقدم، ويكون

ذلك مع يمينه، لعموم قول النبي ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»[١] واختار أبو بكر والقاضي أنه لا يمين، لأنه اختلاف في حكم من أحكام النكاح، أشبه الاختلاف في أصل النكاح، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) تقدم الحديث مع تخريجه مراراً.

كتاب الظهار

ش: الظهار مشتق من الظهر، وخص الظهر دون غيره لأنه موضع الركوب، والمرأة مركوبة إذا جومعت، فأنت علي كظهر أمي. أي ركوبك للنكاح حرام علي، كركوب أمي للنكاح، قال ابن أبي الفتح: وهو عبارة عن قول الرجل لامرأته: أنت علي كظهر أمي. وكأنه يريد في الأصل، وإلا فالظهار في الاصطلاح أعم من هذا، والأصل فيه قول الله سبحانه: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ﴾ [المجادلة: ٢] وما بعدها، ومن السنة ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وهو محرم، قال الله سبحانه: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا ۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ لَعَفُوٌّ﴾ [المجادلة: ٢] وأكد ذلك بقوله تعالى بعد: ﴿مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ﴾ وهذا اتفاق والحمد لله والله أعلم.

قال: وإذا قال لزوجته: أنت علي كظهر أمي. أو كظهر امرأة أجنبية. أو أنت علي حرام، أو حرم عضواً من أعضائها فلا يطأها حتى يأتي بالكفارة.

ش: قد اشتمل كلام الخرقي رحمه الله، على مسائل (إحداها) إذا قال لزوجته: أنت علي كظهر أمي. أنه يكون مظاهراً، وهذا إجماع والحمد لله، ولذلك قدمه الخرقي، وفي معنى هذه المسألة إذا شبه زوجته بغير أمه ممن تحرم عليه على التأبيد، كأخته وإن كانت من الرضاع ونحو ذلك، إناطة بالتحريم المؤبد، (المسألة الثانية) إذا قال: أنت علي كظهر أجنبية. وفيه روايتان (إحداهما) ـ وهي اختيار الخرقي، وأبي بكر في التنبيه، وجماعة من الأصحاب على ما حكى القاضي، واختاره القاضي أيضاً في موضع ـ يكون مظاهراً، لأنه أتى بالمنكر من القول، أشبه ما لو شبهها بمن تحرم عليه على التأبيد، أو شبهها بمحرمة، أشبه ما لو شبهها بالأم (والرواية الثانية) ـ وهي اختيار ابن حامد، والقاضي في التعليق، والشريف، والشيرازي، وأبي بكر، على ما حكاه عنه أبو محمد ـ لا يكون مظاهراً، لأنه شبهها بمن تحل له في حال، أشبه ما لو شبهها بزوجة له أخرى محرمة، أو حائض أو نفساء، ونحو ذلك، وفي معنى هذه المسألة إذا شبه امرأته بأخت زوجته ونحوها، لأن تحريمها تحريم مؤقت؟ على روايتين (المسألة الثالثة) إذا قال: أنت علي حرام؛ فعن أحمد ـ وهي اختيار الخرقي ـ أنه ظهار وإن نوى غيره، فيكون صريحاً، لأن معناه معنى الظهار، لأن: أنت علي كظهر أمي. معناه أنت علي حرام كتحريم ظهر أمي. ولأنه أتى بالمنكر من القول والزور في زوجته، أشبه ما لو قال: أنت علي كظهر أمي.

٢٧٥٣ ـ وقد ذكر ذلك إبراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس رضي الله عنهم

(والرواية الثانية) أنه ظاهر في الظهار، فعند الإطلاق ينصرف إليه لما تقدم، وإن نوى يميناً أو طلاقاً انصرف إليه، لاحتماله لذلك (والثالثة) أنه ظاهر في اليمين، فعند الإطلاق ينصرف إليها، وإن نوى الطلاق أو الظهار انصرف إلى ذلك لعموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ الآية إلى: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ١ـ ٢] وهذا قد حرم ما أحل الله له، فدخل في الآية.

٢٧٥٤ ـ وكذا فهم الحبر ابن عباس رضي الله عنهما، قال: إذا حرم الرجل فهي يمين يكفرها؛ وقال: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِى رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾[1] [الأحزاب: ٢١] متفق عليه، وفي لفظ أنه أتاه رجل فقال: إني جعلت امرأتي علي حراماً. فقال: كذبت ليست عليك بحرام، ثم تلا هذه الآية: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] أغلظ الكفارة عتق رقبة؛ رواه النسائي[2] (المسألة الرابعة) إذا حرم عضواً من أعضائها، كأن قال: يدك علي حرام. أو يدك علي كيد أمي. أو كظهرها، ونحو ذلك، فالمذهب المنصوص المشهور أنه يكون مظاهراً، لأن التحريم إذا ثبت في العضو سرى في الجميع، لامتناع تحريم البعض وحل البعض، وصار ذلك كما لو طلق يدها ونحو ذلك. (وفي المذهب رواية أخرى) لا يكون مظاهراً حتى يشبه جملة امرأته، اتباعاً للنص، وكما لو حلف لا يمس عضواً منها، والعضو الذي يكون به مظاهراً هو الذي يكون به مطلقاً، ومالا فلا. (المسألة الخامسة) أنه في جميع هذه الصور لا يطأ حتى يكفر، وكذلك في كل موضع حكم بظهاره فيه، وهو إجماع إذا كان التكفير بالعتق أو الصيام، وقد شهد به النص وهو قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۚ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣ـ ٤] واختلف عن أحمد رحمه الله فيما إذا كان التكفير بالإطعام، (فعنه) ـ وهو اختيار أبي بكر، وأبي إسحاق ابن شاقلا، يجوز الوطء قبل التكفير، تمسكاً بظاهر الكتاب، فإن الله تعالى ذكر عدم التماس في العتق والصيام، ولم يذكره في الإطعام، فاقتصرنا على مورد النص، (وعنه) ـ وهو ظاهر كلام الخرقي، واختيار القاضي في خلافه وفي روايتيه، والشريف وأبي محمد وغيرهم ـ لا يجوز، لأن الله سبحانه لما ذكر عدم المسيس في العتق والصيام، مع أن الصيام تطول مدته، كان ذلك تنبيهاً على انتفاء المسيس في الإطعام.

٢٧٥٥ ـ وعن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رجلاً أتى النبي ﷺ قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر؟ فقال: «ما حملك على ذلك يرحمك الله؟» قال: رأيت خلخالها

(١) أخرجه البخاري حديث ٤٩١١، ومسلم ١٠/ ٧٢.
(٢) المجتبى ٦/ ١٥١.

في ضوء القمر. قال: «فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله»[١] رواه الخمسة إلا أحمد، وصححه الترمذي، ومن جملة ما أمره الله به الإطعام (المسألة السادسة) الظهار يختص بالزوجة على ظاهر كلام الخرقي، ونص عليه أحمد، وجزم به جماعة من الأصحاب، حتى قال القاضي في روايتيه: رواية واحدة. فعلى هذا لا ظهار من أمته، ولا أم ولده، لقول الله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] فخص سبحانه الظهار بالنساء، ولأن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية، فنقل حكمه وبقي محله.

٢٧٥٦ ـ قال أحمد: قال أبو قلابة وقتادة: إن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية. والطلاق قطعاً لا يؤثر في الأمة كذلك الظهار، واختلف عن أحمد فيما يلزمه، (فعنه) وهو المشهور والمختار: تلزمه كفارة يمين، لأنه تحريم لمباح من ماله، فكان عليه كفارة يمين، كتحريم سائر ماله، (ونقل عنه) أبو طالب: ليس في الأمة ظهار، ولكن حرام، فعليه الكفارة، قيل له: كفارة الظهار؟ قال: نعم. قال أبو بكر: كل من روى عنه ليس عليه فيها كفارة الظهار، إنما هو كفارة يمين، إلا ما رواه أبو طالب، قال: ولا يتوجه على مذهبه. انتهى، وخرج أبو الخطاب والشيخان قولاً أنه لا شيء فيه، قال أبو الخطاب: من قوله فيما إذا ظاهرت المرأة من زوجها: إنه لا شيء عليها؛ إذ هذا ليس بظهار، فتجب فيه كفارته، وليس بيمين فتجب فيه كفارتها (المسألة السابعة) حيث حرم الوطء قبل التكفير هل يحرم الاستمتاع قبله؟ على روايتين (إحداهما) ـ وهي ظاهر كلام الخرقي ـ يجوز، لأن التماسس في الآية الكريمة كناية عن الوطء، وإذا كانت الكناية مراده فالحقيقة غير مراده (والثانية) ـ وهي اختيار أبي بكر، والقاضي في خلافه، وأصحابه كالشريف وأبي الخطاب، والشيرازي، وابن البنا وغيرهم ـ لا يجوز.

٢٧٥٧ ـ لأن في حديث ابن عباس رضي الله عنهما السابق: «لا تقربها حتى تفعل ما أمر الله به» رواه النسائي عن عكرمة مرسلاً، وقال فيه: «فاعتزلها حتى تقضي ما عليك»[٢] وقد ادعى القاضي أن المراد بالمسيس في الآية الكريمة حقيقته، وأن الوطء إنما ثبت بالسنة، وفيه بعد.

قال: فإن مات أو ماتت أو طلقها لم تلزمه الكفارة، فإن تزوجها لم يطأها حتى يكفر، لأن الحنث بالعود وهو الوطء، لأن الله عز وجل أوجب الكفارة على المظاهر قبل الحنث.

ش: اعلم أن الخرقي رحمه الله قد بنى ما بدأ به على أصل، وهو العود ما هو؟ وقال: إنه الوطء. وهذا إحدى الروايتين، نص عليه أحمد، فقال في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟﴾ [المجادلة: ٣] قال: الغشيان، إذا أراد أن يغشى. وقال أيضاً: مالك يقول: إذا أجمع لزمته الكفارة؛ فكيف يكون هذا لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه الكفارة.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٢١، والنسائي ٦/ ١٦٧، وابن ماجه حديث ٢٠٦٥.
(٢) أخرجه النسائي ٦/ ١٦٧.

٢٧٥٨ ـ إلا أن يذهب إلى قول طاووس: إذا تكلم بالظهار لزمه مثل الطلاق؛ ولم يعجب أحمد رحمه الله قول طاووس، وهو اختيار الشيخين، لأن قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ أي لقولهم، فـ(ما) والفعل في تأويل المصدر، أي لقولهم، والمصدر في تأويل المفعول، أي مفعولهم ومقولهم الذي امتنعوا منه وهو الوطء، وقرينة هذا العود، إذ هو فعل ضد قوله، ومنه الراجع في هبته، هو الراجع في الموهوب، والعائد فيما نهي عنه فاعل المنهي، والمظاهر مانع لنفسه من الوطء، فالعود فعله، ولأن الظهار يمين مكفرة، فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها، وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الأيمان، وتجب الكفارة بذلك كسائر الأيمان (والثانية) وبها قطع القاضي وأصحابه: أنه العزم على الوطء، قال القاضي: ونص عليه أحمد في رواية الجماعة، منهم الأثرم، فقال: العود أن يريد أن يغشى، فيكفر قبل أن يمسها، وكذلك نقل أحمد بن أبي عبدة: تلزمه الكفارة إذا أجمع على الغشيان، فذكر له قول الشافعي أنه الإمساك، فلم يعجبه، وذلك لأن التكفير بنص الكتاب والسنة يجب قبل الوطء، وهو مسبب عن الوطء على القول الأول، لأن به يجب، والمسبب لا يتقدم على السبب، فإذاً قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ أي يريدون العود (فتحرير) أي فالواجب تحرير، وهذا كما في قوله تعالى: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَوٰةِ﴾ [المائدة: ٦]، ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْءَانَ فَاسْتَعِذْ﴾ [النحل: ٩٨] وهو كثير، (ومن قال) بالأول أجاب بأن التكفير شرط الحل، كما أن الطهارة شرط لصحة الصلاة من مريدها، وملخصه أن لنا إخراج ووجوب، فإخراج الكفارة يجب عند إرادة الوطء، فهو مسبب عن الإرادة، ووجوب الكفارة ـ بمعنى استقرارها في ذمته ـ يجب بالوطء.

إذا تقرر هذا انبنى عليه ما تقدم، وهو ما إذا ماتت أو مات، أو طلقها قبل الوطء، فعلى القول الأول لا تجب الكفارة، لأن وجوبها بالوطء ولم يوجد، وعلى القول الثاني إن وجد ذلك بعد العزم وجبت لوجود العود، وإلا لم تجب، كذا فرعه أبو البركات على قول القاضي وأصحابه، وزعم أبو محمد عن القاضي وأصحابه أنهم على قولهم لا يوجبون الكفارة على من عزم ثم مات أو طلق إلا أبا الخطاب، فإنه قال بالوجوب، فعلى القول بأن الكفارة على المطلق قبل الوطء وإن عزم، إذا عاد فتزوجها فحكم الظهار باق، فلا يطأ حتى يكفر، لإطلاق الآية الكريمة، فإن هذا قد ظاهر من زوجته ثم أراد العود إليها، فدخل تحت: ﴿وَالَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] ولأن الظهار يمين مكفرة، فلم يبطل حكمها بالطلاق كالإيلاء، وبنى ذلك القاضي على أصلنا من أن النكاح الثاني ينبني على الأول، وأن الصفة لا تزول بالبينونة.

وقد دل كلام الخرقي على أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار، ولا بالإمساك بعده، ولا بإعادة القول ثانياً، وقوله: لأن الحنث بالعود وهو الوطء. تعليل لأن الكفارة لا تلزم بالموت، ولا بالطلاق قبل الوطء، وقوله: لأن الله عز وجل أوجب

الكفارة على المظاهر قبل الحنث؛ تعليل لقوله: فلم يطأها حتى يكفر. هذا الذي يظهر لي والله أعلم.

قال: ولو قال لامرأة أجنبية: أنت علي كظهر أمي؛ لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بكفارة الظهار.

ش: هذا منصوص أحمد، وعليه أصحابه، وقال: ليس هو بمنزلة الطلاق.

٢٧٥٩ ـ وذلك لما روى الإمام أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال ـ في رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي علي كظهر أمي. فتزوجها، قال ـ: عليه كفارة الظهار. ولأنها يمين مكفرة، فصح انعقادها قبل النكاح، كاليمين بالله تعالى، ولأبي محمد احتمال بأنه لا يصح، لقول الله سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] والأجنبية ليست من نسائه، ولأنه نوع تحريم، فلم يتقدم النكاح كالطلاق. وأجيب عن الآية بأنها خرجت مخرج الطلاق، وعن القياس بالفرق من وجهين (أحدهما) أن الطلاق حل قيد النكاح، ولا حل قبل العقد، والظهار تحريم للوطء، وذلك قد يتقدم على العقد كالحيض (والثاني) أن الطلاق يزيل المقصود من النكاح فلم يصح، وهذا لا يزيله وإنما يعلق الإباحة على شرط. انتهى، وكذلك الحكم إذا عمم فقال: كل النساء علي كظهر أمي. والله أعلم.

قال: وإذا قال: أنت علي حرام، وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء، وإن تزوجها، لأنه صادق، وإن أراد في كل حال لم يطأها إن تزوج حتى يأتي بالكفارة.

ش: أما إذا أراد بقوله: أنت علي حرام. الإخبار عن حرمتها في الحال، فلا شيء عليه، لما علل به من أنه صادق، إذ قد وصفها بصفتها، ولم يقل المنكر من القول والزور، وأما إذا أراد تحريمها في كل حال فهو مظاهر، لأن من جملة الأحوال إذا تزوجها، ولفظة الحرام إذا أريد بها الظهار ظهار في الزوجة بلا ريب، فكذلك في الأجنبية، ولو أطلق فلا شيء عليه، لاحتماله للإنشاء وللإخبار، فلا يتعين أحدهما بغير تعيين. والله أعلم.

قال: ولو ظاهر من زوجته وهي أمة، فلم يكفر حتى ملكها، انفسخ النكاح، ولم يطأها حتى يكفر.

ش: أما انفساخ النكاح فلا ريب فيه، لعدم اجتماع ملك اليمين وملك النكاح، وإذاً يغلب الأقوى وهو الملك، ويبطل النكاح، وأما الوطء فقال الخرقي: لا يطأها حتى يكفر؛ واختاره ابن حامد والقاضي وغيرهم، لشمول الآية الكريمة له، وهي: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣] وهذا قد ظاهر من امرأته، فدخل في الآية وقال أبو بكر في الخلاف: يبطل حكم الظهار، وتحل له، وعليه كفارة يمين، كما لو تظاهر منها وهي أمته، لأنها خرجت عن

الزوجات، وصارت ملك يمينه، فأعطيت حكم ذلك، وخرج أبو البركات قولاً أنها تحل له بملك اليمين بلا كفارة، مع عود الظهار لو عتقت أو بيعت ثم تزوجها، ولعله مخرج مما إذا ظاهر من أمته لا شيء عليه، وأن الصفة تعود، وبيانه أنه إذا ظاهر منها وهي زوجته، ثم ملكها، فقد زالت الزوجية، وملك اليمين لا يؤثر الظهار فيه شيئاً، فيصير كما لو علق طلاق زوجته على شيء، ثم أبانها وفعل المحلوف عليه، فإنه لا شيء عليه، كذلك هنا، تحل له بملك اليمين، ولا شيء عليه، ثم بعد ذلك إذا أعتقها أو باعها ثم تزوجها عاد الظهار، كما تعود الصفة.

قال: ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة، لم يكن عليه أكثر من كفارة واحدة.

ش: هذا هو المذهب بلا ريب، حتى أن أبا محمد نفى الخلاف في المذهب.

٢٧٦٠ ـ اتباعاً لقول عمر وعلي رضي الله عنهما فإنهما قالا كذلك، رواه عنهما الأثرم، ولا نعرف لهما مخالفاً، وكما لو حلف بالله تعالى على ذلك، وحكى أبو البركات رواية أخرى أن عليه لكل واحدة كفارة. لأنه قد وجد الظهار والعود فيها، فأشبه ما لو أفردها.

ومفهوم كلام الخرقي أنه لو تظاهر منهن بكلمات كان عليه لكل واحدة كفارة، وهو إحدى الروايات، واختيار ابن حامد، والقاضي وأبي محمد وغيرهم، لأنها أيمان لا يحنث في أحدها بالحنث في الأخرى، فلا تكفرها كفارة واحدة، كما لو كفر ثم ظاهر، (والرواية الثانية) ـ وهي اختيار أبي بكر ـ عليه كفارة واحدة.

٢٧٦١ ـ قال أبو بكر: اتباعاً لعمر بن الخطاب رضي الله عنه، لأن كفارة الظهار حق لله تعالى، فلم تتكرر بتكرر سببها كالحد (والرواية الثالثة) إن كان في مجالس فكفارات، وإن كان في مجلس واحد فكفارة واحدة، نقلها الفضل بن زياد، والله أعلم.

قال: والكفارة عتق رقبة.

ش: لا نزاع في هذا، وقد شهد له الكتاب العزيز قال سبحانه: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] أي فالواجب تحرير رقبة، أو فعليه تحرير رقبة، والله أعلم.

قال: مؤمنة.

ش: هذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار جمهور أصحابه، الخرقي، والقاضي، والشريف، وأبي الخطاب، والشيرازي وأبي محمد وغيرهم، حملا للمطلق في آية الظهار، على المقيد في كفارة القتل، لاتّحاد الحكم.

٢٧٦٢ ـ ولما روى معاوية بن الحكم رضي الله عنه قال: كانت لي جارية فأتيت

النبي ﷺ فقلت: علي رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «أين الله؟» قالت: في السماء. فقال: «من أنا» فقالت: أنت رسول الله. فقال النبي ﷺ: «أعتقها فإنها مؤمنة»(١) رواه مسلم والنسائي، فعلل عتقها عما عليه بأنها مؤمنة (والرواية الثانية) لا يشترط إيمانها، بل تجزىء وإن كانت كافرة، نص عليها في اليهودي والنصراني، واختارها أبو بكر، أخذاً بإطلاق الكتاب، وهاتان الروايتان يجريان في كل رقبة واجبة، من نذر أو كفارة، ما عدا كفارة القتل، فإن الإيمان شرط فيها بلا نزاع للنص، والله أعلم.

قال: سالمة من العيوب المضرة بالعمل.

ش: لأنه لحظ فيه تمليك منافعه، وخروجه من حيز العدم، إلى حيز الوجود، ومع الضرر بالعمل لم يحصل ذلك، فعلى هذا لا يجزئ الأعمى، ولا المقعد، ولا مقطوع اليد أو الرجل، أو أشلهما، أو إبهام اليد، أو سبابتها أو الوسطى، أو الخنصر والبنصر من يد واحدة، وقطع أنملة الإبهام كقطع جميعها، بخلاف قطع غيرها من الأنامل، ولو كان الجميع، ولا يجزئ المجنون، ولا المريض غير مرجو البرء، كالسل، بخلاف المرجو البرء، ولا النحيف العاجز عن العمل، ويجزئ الأعرج، والمجدع الأنف والأذن، والمجبوب والخصي، والأعور على أصح الروايتين، وهل يجزئ الأخرس مطلقاً، وهو الذي حكاه القاضي في التعليق، وأبو الخطاب عن أحمد، أو لا يجزئ مطلقاً، وهو الذي حكاه أبو محمد منصوصاً له، أو إن كان به صمم لم يجزئ وإلا أجزأ، وهو اختيار القاضي، وجماعة من أصحابه، وعليه حمل نص أحمد بالإجزاء، أو إن فهمت إشارته أجزأ وإلا فلا، وهو مختار أبي محمد، أو إن انتفى عنه الصمم، وفهمت إشارته أجزأ وإن وجد أحدهما منع، وهو اختيار أبي البركات، على خمسة أقوال، وهذا كله على المعروف من المذهب، وقد حكى ابن الصيرفي في نوادره رواية بإجزاء الزمن والمقعد، فيخرج في عامة هذه الصور قول بالإجزاء، وتمام الكلام على ذلك له محل آخر، والله أعلم.

قال: فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين.

ش: إذا لم يجد رقبة يشتريها، أو وجدها ولم يجد ما يشتريها به، أو وجد ما يشتريها به لكن بزيادة كثيرة، أو مجحفة بماله، أو وجدها ولكن احتاجها لخدمة ونحو ذلك، فالكفارة صيام شهرين متتابعين، لقوله سبحانه: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٤] والله أعلم.

قال: فإن أفطر فيهما من عذر بنى، وإن أفطر من غير عذر ابتدأ.

ش: الإجماع على وجوب التتابع في الشهرين، لشهادة الكتاب، وقد تقدم ذلك، وكذلك السنة.

---

(١) أخرجه مسلم ٥/ ٢٠، وأبو داود حديث ٩٣٠، ٣٢٨٢، والنسائي ٣/ ١٤، وأحمد ٥/ ٤٤٧.

٢٧٦٣ ـ فعن خويلة بنت مالك بن ثعلبة رضي الله عنهم قالت: ظاهر مني أوس ابن الصامت، فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه، ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول: «اتقي الله فإنه ابن عمك» فما برح حتى نزل القرآن: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾ [المجادلة: ١] إلى الفرض، فقال: «يعتق رقبة» فقالت: لا يجد. قال: «فيصوم شهرين متتابعين» قالت: يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال: «فليطعم ستين مسكيناً؟» قالت: ما عنده من شيء يتصدق به؟ قال: «فإني سأعينه بعرق من تمر» قلت: يا رسول الله فإني سأعينه بعرق تمر آخر. قال: «قد أحسنت اذهبي فأطعمي بهما عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلى ابن عمك» والعرق ستون صاعاً؛ رواه أبو داود[١].

إذا تقرر هذا فمعنى التتابع أن يوالي بين صيام أيامهما، ولا يفطر فيهما، ولا يصوم عن غير الكفارة، ولا يشترط نية التتابع، وإنما يشترط فعله، ومتى أفطر فيهما من غير عذر ابتدأ، لإخلاله بالشرط وهو التتابع، وكذلك إن صام عن نذر أو قضاء، أو كفارة أخرى لذلك، فلو كان النذر أياماً من كل شهر كأيام البيض، أو يوم الخميس قدم الكفارة عليه، وقضى ذلك بعدها، إذ لو وفى بنذره لانقطع التتابع، لا يقال: هذا الزمن المنذور متعين للصوم، فلا يقطع التتابع كصوم رمضان، لأنا نقول: الزمان لا يتعين، بدليل صحة صوم آخر فيه، بخلاف زمن رمضان، وإن أفطر لعذر فلا يخلو إما أن يكون موجباً أو مبيحاً، فإن كان موجباً كالفطر للحيض والمرض المخوف، أو فطر الحامل والمرضع لخوفهما على أنفسهما، أو لكونه يوم عيد، ونحو ذلك لم ينقطع التتابع، لأنه مضطر إلى ذلك، ولا صنع له فيه، أشبه إذا كان الفطر للحيض، ودليل الأصل الإجماع، وإن كان العذر مبيحاً ـ كالسفر، والمرض غير المخوف ـ فثلاثة أوجه (أحدها) ـ وهو ظاهر كلام الخرقي، وإليه ميل أبي محمد ـ لا يقطع، لأنه عذر أباح له الفطر، أشبه ما لو أوجبه (والثاني) يقطع، لأن له مندوحة عنه، أشبه ما لو أفطر بغير عذر (والثالث) ـ وهو اختيار القاضي، وجماعة من أصحابه ـ يقطع السفر لأن إنشاءه باختياره ولا يقطع المرض، لأن حصوله بغير اختياره، وهو ظاهر كلام أحمد، بل زعم القاضي أنه منصوصه.

وقد دخل في كلام الخرقي إذا أفطرت الحامل والمرضع لخوفهما على ولديهما، وهو أحد الوجهين، واختيار أبي الخطاب، وأبي محمد، ودخل أيضاً من أفطر لجنون أو إغماء، ولا نزاع في ذلك، وكذلك من أفطر لإكراه أو نسيان، كمن وطىء كذلك، أو خطأ كمن أكل يظنه ليلاً فبان نهاراً، وهو أحد الوجهين أيضاً، وقطع به أبو البركات، نعم قد يستثنى منه كلامه من أكل ناسياً لوجوب التتابع أو جاهلاً به، أو ظناً

---

(١) سنن أبي داود حديث ٢٢١٤ـ ٢٢١٨.

منه أنه قد أتم الشهرين، فإن تتابعه قد ينقطع، قاله أبو محمد.

قال: فإن أصابها في ليالي الصوم أفسد ما مضى من صومه، وابتدأ الشهرين.

ش: هذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار أصحابه، الخرقي، والقاضي، وأصحابه كالشريف، وأبي الخطاب، والشيرازي، وابن البنا، وابن عقيل وغيرهم، والشيخين، لقول الله تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٤] أوجب سبحانه صوم الشهرين بشرطين (أحدهما) تقديم الشهرين على المسيس (والثاني) إخلاؤهما عن المسيس، فإذا وطىء في خلالهما فقد فات أحد الشرطين وهو تقديمهما عليه، وبقي الشرط الأخر يمكنه أن يأتي به فيستأنف الصوم، فيخلو الشهران عن المسيس فوجب ذلك، كمن أمر بشيئين فعجز عن أحدهما وقدر على الآخر، يسقط ما عجز عنه، ويلزمه ما قدر عليه (والرواية الثانية) لا ينقطع التتابع بذلك، لأنه وطء لم يصادف محل الصوم، أشبه ما لو وطئ غير التي ظاهر منها، ولأن التتابع في الصيام عبارة عن اتباع صوم يوم بالذي قبله، وهذا متحقق وإن وطئ ليلاً، وكذلك الروايتان إذا وطئها نهاراً ناسياً، قاله غير واحد، وخرجهما أبو محمد فيما إذا وطئها وقد أبيح له الفطر لمرض ونحوه.

واعلم أن ظاهر كلام أبي محمد في المقنع أن شرط عدم انقطاع التتابع فيما إذا وطئ ليلاً أن يطأ ناسياً، وهو غفلة منه، فلا يعتبر بذلك.

(تنبيه) أخذت الرواية الأولى من قول أحمد في رواية ابن منصور: إذا تظاهر فأخذ في الصوم فجامع يستقبل؛ وأخذت الثانية من قوله في رواية الأثرم - وسئل عن المظاهر إذا صام بعض صيامه، ثم جامع قبل أن يتمه، كيف يصنع؟ قال: يتم صومه. والروايتان مطلقتان كما ترى، ولكن الأصحاب حملوهما على ما تقدم والله أعلم.

قال: فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً.

ش: إذا لم يستطع صوم الشهرين على الصفة الواجبة فكفارته إطعام ستين مسكيناً بالإجماع، وقد شهد لذلك ما تقدم من الكتاب والسنة، وسواء عدم الاستطاعة (الكبر) كما تقدم في قصة أوس بن الصامت، (أو شبق).

٢٧٦٤ - لما روى سلمة بن صخر رضي الله عنهما قال: كنت امرءاً قد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيري، فلما دخل رمضان ظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ رمضان، فرقاً من أن أصيب في ليلتي شيئاً فأتتابع في ذلك إلى أن يدركني النهار وأنا لا أقدر على أن أنزع؛ فبينما هي تخدمني من الليل إذا انكشف لي منها شيء فوثبت عليها، فلما أصبحت غدوت على قومي، فأخبرتهم خبري، وقلت لهم: انطلقوا معي إلى رسول الله ﷺ فأخبره بأمري؛ فقالوا: والله لا نفعل، نتخوف أن ينزل فينا قرآن، أو يقول فينا رسول الله ﷺ مقالة يبقى علينا عارها، ولكن اذهب أنت واصنع ما بدا لك؛ فخرجت حتى أتيت رسول الله ﷺ فأخبرته خبري، فقال لي: «أنت بذاك؟»

فقلت: أنا بذاك. فقال: «أنت بذاك؟» فقلت: نعم، ها أنا ذا فأمض في حكم الله، فأنا صابر له. قال: «أعتق رقبة» فضربت صفحة رقبتي بيدي وقلت: لا والذي بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها، قال: «فصم شهرين متتابعين» قلت: يا رسول الله وهل أصابني ما أصابني إلا في الصوم؟ قال: «فتصدق» قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا وحشا ما لنا عشاء. قال: «اذهب إلى صاحب صدقة بني زريق، فقل له فليدفعها إليك، فأطعم عنك منها وسقا من تمر ستين مسكيناً، ثم استعن بسائرها عليك وعلى عيالك» فرجعت إلى قومي فقلت لهم: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة والبركة، وقد أمر لي بصدقتكم فادفعوها إلي؛ قال: فدفعوها إلي[١]. رواه الإمام أحمد وأبو داود، والترمذي وحسنه، انتهى، (أو مرض) وإن رجي زواله، لدخوله تحت الآية الكريمة، لا لسفر، ومقتضى كلام الخرقي أنه لا بد من تعدد المساكين، وتأتي هذه المسألة إن شاء الله تعالى في كتاب الكفارات.

(تنبيه): فرقاً، أي خوفاً، والله أعلم.

قال: مسلماً.

ش: من شرط المسكين المدفوع إليه في الكفارة أن يكون مسلماً، على المنصوص والمختار للأصحاب، فلا يجوز الدفع لذمي، لأنه كافر، فلم يجز الدفع إليه كالحربي والمستأمن، إذ هو مال يجب دفعه إلى الفقير بالشرع، فلا يدفع إلى أهل الذمة كالزكاة، وحكى الخلال في جامعه رواية بالجواز، قال القاضي: ولعله بنى ذلك على جواز عتق الذمي في الكفارة، وذلك لأنه مسكين، فدخل تحت: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾.

(تنبيه) بحث الأصحاب وكلامهم يقتضي أن الخلاف في الذمي، وأنه لا نزاع أن الحربي لا يدفع إليه، وكذلك نص أحمد في جواز عتق الكافر إنما هو في اليهودي والنصراني.

قال: حراً.

ش: أي ومن شرط المسكين أن يكون حراً، فلا يجوز دفعها لعبد ولا أم ولد ونحوها، لعدم حاجتهم، لوجوب نفقتهما على سيدهما، وظاهر كلامه أنه لا يجوز دفعها إلى مكاتب، ويأتي ذلك في الكفارات إن شاء الله تعالى، ويدخل في كلام الخرقي في المسكين الفقير، لأنه مسكين وزيادة، وكذلك الغارم لإصلاح نفسه، لأنه محتاج. والله أعلم.

قال: لكل مسكين مد من حنطة، أو نصف صاع من تمر أو شعير.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢١٣، والترمذي ٣٥٣٦، وأحمد ٤/٣٧، ٥/٤٣٦.

٢٧٦٥ ـ ش: أما كونه مداً من حنطة فلما روى الإمام أحمد قال: حدثنا إسماعيل، حدثنا أيوب، عن أبي يزيد المدني، قال: جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير، فقال النبي ﷺ للمظاهر: «أطعم هذا، فإن مدي شعير مكان مدبر».

٢٧٦٦ ـ وعلى هذا يحمل ما روي عن أبي سلمة، عن سلمة بن صخر، أن النبي ﷺ أعطاه مكتلاً فيه خمسة عشر صاعاً، فقال: «أطعمه ستين مسكيناً وذلك لكل مسكين مد»[١] رواه الدارقطني، وللترمذي معناه.

٢٧٦٧ ـ ثم هذا قول زيد وابن عباس، وابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم، وأما كونه نصف صاع تمر أو شعير فلما تقدم من أن مدي شعير مكان مد بر.

٢٧٦٨ ـ وفي أبي داود[٢] قال: وذكر عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال ـ يعني العرق ـ زنبيلاً يأخذ خمسة عشر صاعاً؛ وإذاً العرقان ثلاثون صاعاً، فيكون لكل مسكين نصف صاع تمر، انتهى والخرقي رحمه الله اقتصر على البر والشعير والتمر، وقال غيره يجزىء هنا ما يجزىء في الفطرة فإن كان قوت بلده غير ذلك كالأرز والذرة، فهل يجزئه، وهو اختيار أبي الخطاب، وأبي محمد، أو لا يجزئه، وهو اختيار القاضي؟ فيه قولان، وكذلك القولان في إجزاء الخبز، إلا أن القاضي وأصحابه هنا وافقوا على الإجزاء.

(تنبيه) المكتل الزنبيل، وقيل القفة، وهما بمعنى واحد، وقيل القفة العظيمة، والعرق قد فسره أبو سلمة بن عبد الرحمن، بأنه يسع خمسة عشر صاعاً، وفي حديث خويلة قالت: والعرق ستون صاعاً. وفي رواية: العرق مكتل يسع ثلاثين صاعاً؛ قال أبو داود: وهذا أصح. يعني من كونه ستين صاعاً، قال بعضهم: والاختلاف في قدره يدل على أنه يختلف، فيكون بعضه أكبر من بعض، وهو بفتح العين والراء، وسكن بعضهم الراء، والزنبيل بفتح الزاي وكسر الباء الموحدة مخفف، فإن كسرت الزاي شددت فقلت زبيل، أو قلت زنبيل، سمي زنبيلاً لأنه ينقل فيه الزبل للسماد.

قال: ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبنى، وكذلك إن ابتدأ من أول ذي الحجة أفطر يوم الأضحى وأيام التشريق، وبنى على ما مضى من صيامه.

ش: قد تقدم أنه إذا ترك صوم الكفارة لعذر أنه لا يضره ويبني، فإذا صام من أول شعبان ففي رمضان يترك الصوم للكفارة، لأن هذا الزمن متعين لرمضان، ثم يفطر يوم العيد، فبعد ذلك يكمل، وكذلك إن ابتدأ من أول ذي الحجة فإنه يفطر يوم الأضحى وأيام التشريق، ثم يبني، وإذا قلنا يجوز صوم أيام التشريق عن الفرض مطلقاً

(١) أخرجه الترمذي ١٢١٤، والدارقطني ٣/ ٣١٦.
(٢) سنن أبي داود حديث ٢٢١٦.

فإنه لا يفطر أيام التشريق.

قال: وإن كان المظاهر عبداً لم يكفر إلا بالصوم.

ش: هذا يدل على صحة ظهار العبد، ولا ريب في ذلك، لشمول الآية الكريمة له، وإذا صح ظهاره فكفارته الصيام، لأنه لا يجد الرقبة، لأنه معسر، وأسوأ حالاً منه، فيدخل تحت: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ وظاهر كلام الخرقي أن كفارته الصيام وإن أذن له سيده وهو ـ والله أعلم ـ بناء على قاعدته، من أنه لا يملك وإن ملك، ومن لا ملك له لا مال له يكفر به، ومن الأصحاب من يقول: يجوز أن يكفر بالمال بإذن السيد، وإن لم نقل إنه يملك، وهو ظاهر كلام أبي بكر، وطائفة من متقدمي الأصحاب، وإليها ميل أبي محمد، ولهم مدركان (أحدهما): أنه يملك القدر المكفر به ملكاً خاصاً (والثاني): أن الكفارة لا يلزم أن تدخل في ملك المكفر، أما إن قلنا يملك، أو أذن له سيده في التكفير بالمال، فلا نزاع أنه له أن يكفر به، ثم هل له ذلك على سبيل الوجوب أو الجواز؟ فيه تردد للأصحاب، وأيما كان فله على هذا التكفير بالإطعام، وهل له التفكير بالعتق؟ فيه روايتان (إحداهما): نعم، اختارها، أبو بكر، ومال إليها أبو محمد كالإطعام (والثانية): لا، لأنه يقتضي الولاء، والولاء يقتضي ولاية الإرث، وليس العبد من أهل ذلك، ومن أصحابنا من بناهما على الروايتين في المعتق في الكفارة، إن قلنا: عليه الولاء لم يكن له العتق، وإن قلنا: لا ولاء عليه، صح تكفيره بالعتق، وإذا جوزنا له التكفير بالعتق، فأذن له سيده في إعتاق نفسه عن كفارته جاز ذلك، على مقتضى قول أبي بكر، فإنه حكى فيما إذا أذن له في العتق وأطلق، هل له أن يعتق نفسه، لأن رقبته تدخل في الإطلاق، أو ليس له ذلك، لأن خطابه بالإعتاق قرينة على إرادة غيره.

(تنبيه): إذا أذن له سيده في الإعتاق وأطلق، وجوزنا له عتق نفسه، فلا بد أن تكون رقبته أقل رقبة تجزئ في الكفارة، لأنه إذا أعتق غيره لا بد أن يكون كذلك، لأنه وكيل، فيجب عليه التصرف بالأحظ.

قال: وإذا صام فلا يجزيه إلا شهران متتابعان.

ش: قد تقدم أن كفارة العبد الصيام، وإذاً فحكمه في ذلك حكم الحر في أنه يصوم شهرين متتابعين، لدخوله في الآية الكريمة، من غير قيام ما يقتضي التخصيص.

قال: ومن وطئ قبل أن يأتي بالكفارة كان عاصياً.

ش: لمخالفة أمر ربه سبحانه، وأمر رسول الله ﷺ، قال الله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ وهذا قد مس، وقال النبي ﷺ: «لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله»[1] وقد تقدم.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٧٥٥.

قال: وعليه الكفارة المذكورة.

ش: إذا خالف ووطىء استقرت عليه الكفارة المتقدمة، لأنه ظاهر وعاد، فيدخل تحت ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾ [المجادلة: ٣] الآية.

٢٧٦٩ ـ وروى النسائي عن عكرمة، أن رجلاً أتى النبي ﷺ قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال: يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي، فوقعت عليها قبل أن أكفر؛ فقال: «ما حملك على ذلك يرحمك الله؟» قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر. قال: «فاعتزلها حتى تقضي ما عليك»(١) ولهذا أيضاً قال الأصحاب: ليس له الوطء ثانياً حتى يأتي بالكفارة، وظاهر كلام الخرقي أنه لا يلزمه أكثر من كفارة واحدة، وهو كذلك لما تقدم.

٢٧٧٠ ـ وفي الترمذي وابن ماجه عن سلمة بن صخر رضي الله عنه عن النبي ﷺ في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، قال: «كفارة واحدة»(٢) وهو إن صح نص.

قال: وإذا قالت المرأة لزوجها: أنت علي كظهر أبي. أو أنت علي حرام. لم تكن مظاهرة، ولزمها كفارة الظهار، لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور.

ش: أما كون المرأة لا تكون مظاهرة بذلك فهذا هو المعروف والمشهور، والمجزوم به عند كثير من الأصحاب، حتى أن القاضي قال في الروايتين: رواية واحدة؛ لتخصيص الله سبحانه الظهار بالرجال قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾ الآية، ولأنه قول يوجب تحريماً في الزوجة، يملك الزوج رفعه، فاختص به الرجال كالطلاق، وحكى ابن شهاب، وأبو يعلى ابن أبي حازم رواية أخرى أنها تكون مظاهرة، وقالا: اختارها أبو بكر، وزاد ابن أبي حازم: والقاضي، والشريف؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم قضوا في ذلك بكفارة الظهار، وسببها الظهار، فدل على أنها تكون مظاهرة، وقياساً لأحد الزوجين على الآخر، وعلى هذا تجب كفارة الظهار بلا ريب، أما على المذهب (فعنه) ـ وهو المشهور، واختيار الخرقي والقاضي، وجماعة من أصحابه كالشريف، وأبي الخطاب والشيرازي، وابنه أبي الحسين ـ يلزمها كفارة ظهار.

٢٧٧١ ـ قال أحمد مثل حديث عائشة بنت طلحة، وهو ما روى الأثرم بإسناده عن إبراهيم، أن عائشة بنت طلحة قالت: إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو علي كظهر أبي. فسألت أهل المدينة، فرأوا عليها الكفارة.

٢٧٧٢ ـ وروى علي بن مسلم، عن الشيباني، قال: كنت جالساً في المسجد أنا وعبد الله بن معقل المزني، فجاء رجل حتى جلس إلينا، فسألته من أنت؟ فقال: مولى

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٧٥٥.

(٢) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٠٦٤، والدارقطني ٣/٣١٨.

لعائشة بنت طلحة التي أعتقتني عن ظهارها، خطبها مصعب بن الزبير، فقالت: هو علي كظهر أبي إن تزوجته. ثم رغبت فيه بعد، فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ وهم يومئذ كثير، فأمروها أن تعتق رقبة وتتزوجه، فأعتقتني وتزوجته؛ رواهما سعيد مختصرين.

(وعنه) ـ وهو اختيار أبي محمد ـ: عليها كفارة يمين، لأنه ليس بظهار، فلا يوجب كفارته كسائر المنكر من القول، وتجب كفارة يمين، لأنه تحريم مباح، أشبه تحريم سائر الحلال (وعنه) لا شيء عليها، لأنه ليس بظهار فتجب فيه كفارته، ولا يمين فتجب كفارتها، وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فإنما تجب بالحنث، وهو الوطء إن قلنا تجب كفارة يمين، وكذلك إن قلنا كفارة ظهار فلا تكون مظاهرة، صرح بذلك القاضي وغيره، بشرط أن لا تكون مكرهة، وإن قلنا تكون مظاهرة، فقيل: بالعزم على التمكين، حكاه ابن أبي حازم فيما أظن، قال ابن عقيل: رأيت بخط أبي بكر: العود التمكين.

(تنبيه) عليها التمكين قبل التكفير، قاله الشيخان، لأن ذلك حق عليها، فلا يسقط بيمينها، قال أبو محمد: وحكي عن أبي بكر أنها لا تمكنه قبل التكفير كالرجل، قال: وليس بجيد. لأن ظهار الرجل صحيح، وظهارها غير صحيح، قلت: قول أبي بكر جار على قوله من أنها تكون مظاهرة، وقال أبو البركات: إنها ليس لها ابتداء القبلة والاستمتاع، مع قوله: إنها تمكنه، وإنها غير مظاهرة، وذلك لأنه الذي في يدها، وهي قد منعت نفسها منه.

قال: وإذا ظاهر من نسائه مراراً فلم يكفر فكفارة واحدة.

ش: هذا هو المشهور من الروايتين، والمختار لعامة الأصحاب، القاضي، والشريف وأبي الخطاب، والشيرازي، وابن البنا وغيرهم، لأنه لفظ تتعلق به كفارة، فإذا كرره كفاه كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى، ولأن الكفارات زواجر بمنزلة الحدود، فإذا وجدت قبل التكفير تداخلت كالحدود (وعنه) تجب كفارات ما لم ينو التأكيد أو الإفهام، لأن الظهار مع العود قد وجدا، فتجب الكفارة كما بأول مرة، وأبو محمد في الكافي يحكي هذه الرواية إن نوى الاستئناف تكررت، وإلا لم تتكرر، وهو ظاهر كلام القاضي في روايتيه وليس بجيد، فإن مأخذ هذه الرواية في الرجل يحلف على شيء واحد أيماناً كثيرة، فإن أراد تأكيد اليمين فكفارة واحدة، وحكى أبو محمد في المقنع الرواية إن كرره في مجالس فكفارات، ولا أظنه إلا وهما، والله أعلم.

كتاب اللعان

ش: اللعان مصدر: لاعن لعاناً. إذا فعل ما ذكر، أو لعن كل واحد من الاثنين الآخر، قال أبو محمد: مشتق من اللعن، لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً، وقال القاضي: لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذباً، فتحصل اللعنة عليه. انتهى، قال الأزهري: وأصل اللعن الطرد والإبعاد، يقال: لعنه الله أي باعده.

والأصل في اللعان قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ [النور: ٦ ـ ٩].

٢٧٧٣ ـ وعن الزهري عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه أن عويمر ابن أشقر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي، فقال له: يا عاصم أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ سل لي يا عاصم رسول الله ﷺ، فسأل عاصم رسول الله ﷺ، فكره رسول الله ﷺ المسائل، حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر، فقال: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟ فقال عاصم: لم تأتني بخير، قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها، فقال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها؛ فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وهو وسط الناس، فقال: يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه، أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: «قد أنزل فيك وفي صاحبتك قرآن، فاذهب فأت بها» قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ، فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها؛ فطلقها عويمر ثلاثاً قبل أن يأمره النبي ﷺ؛ قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين(١). رواهما الشيخان، وأبو داود وهذا لفظه.

قال: وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة، فقال لها: زنيت، أو يا زانية، أو رأيتك تزنين. ولم يأت بالبينة، لزمه الحد إن لم يلتعن، مسلماً كان أو كافراً، حراً كان أو عبداً.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٥٣٠٨، ومسلم ١٠/ ١١٩، وأبو داود حديث ٢٢٤٥، والنسائي ٦/ ١٧٠، وابن ماجه حديث ٢٠٦٦، وأحمد ٥/ ٣٣٠، ٣٣٤، ٣٣٦.

ش: الكلام على هذه المسألة أولاً من جهة الإجمال، وثانياً من جهة التفصيل.

فأما من جهة الإجمال فإذا قذف الرجل زوجته التي هذه صفتها بما ذكر، ولم يأت بالبينة لزمه الحد، فإن التعن سقط عنه الحد، لقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النور: ٣] الآية، أوجب سبحانه الحد على رامي المحصنات إن لم يأت بالبينة، وهو شامل للأزواج وغيرهم، ثم خص الأزواج بعد ذلك باللعان، تنبيهاً على أن اللعان قائم مقام البينة في إسقاط الحد.

٢٧٧٤ ـ ويشهد لهذا ما في السنن عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء، فقال النبي ﷺ: «البينة وإلا حد في ظهرك» فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا رجلاً على امرأته يلتمس البينة؟ فجعل رسول الله ﷺ يقول: «البينة وإلا حد في ظهرك»[1] مختصر، رواه البخاري وأبو داود، والترمذي وابن ماجه.

وأما من جهة التفصيل فقول الخرقي: إذا قذف الرجل زوجته، إلى آخره يقتضي أن اللعان إنما يشرع بين الزوجين، وهو اتفاق في الجملة، أما قذف غير الزوجين فالواجب فيه إما الحد إن كانت المرأة محصنة، أو التعزير إن لم تكن محصنة، لما تقدم من قول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ إلى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ [النور: ٤ـ ٦] دل على أن كل رام يلزمه الحد، وأن الزوج له مع عدم البينة شيء آخر وهو اللعان، وكذلك لا لعان بقذف الأمة، وإن كان بينهما ولد، لأن اللعان، إنما ورد في الزوجات، ويدخل في الزوجة الرجعية، لأنها زوجة، وكذلك من قذفها ثم أبانها، لأن القذف ورد على زوجته، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق يا زانية ثلاثاً؛ لأن قذفها حصل قبل بينونتها، ويستثنى من الأجنبية إذا قذفها في نكاح فاسد، أو أبانها ثم قذفها بزنا في النكاح، أو في العدة أو قال لها: أنت طالق ثلاثاً يا زانية، فإن في هذه الصورة إن كان بينهما ولد لاعن لنفيه، للحاجة إلى ذلك، وإن لم تكن زوجة، لإضافة ذلك إلى الزوجية، وإلا حد ولم يلاعن، ويستثنى من الزوجة إذا قذف زوجته بزنا قبل النكاح، فإنه يحد ولا يلاعن على المذهب مطلقاً، لإضافة القذف إلى حالة البينونة (وعنه) يلاعن مطلقاً، نظراً إلى أنها زوجته، فيدخل في الآية الكريمة (وعنه) إن كان ثم ولد لاعن لحاجته إلى نفيه، وإلا لم يلاعن، انتهى، وقوله: البالغة الحرة المسلمة. إلى آخره، بيان لصفة الزوجين الذين يصح لعانهما، وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك، فروي عنه أن من شرطهما أن يكونا مكلفين، وإن كانا ذميين، أو رقيقين أو فاسقين، أو كان أحدهما كذلك، لعموم:

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٦٧١، ٤٧٤٧، وأبو داود حديث ٢٢٥٤، والترمذي ٣٤١٢، وابن ماجه حديث ٢٠٦٧.

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ وهذا شامل لكل زوج وزوجة، خرج منه غير المكلفين، لأن هذا لا يخلو من حد أو تعزير، وذلك لا يتعلق إلا بمكلف، وبنى القاضي وغيره ذلك على أن اللعان يمين، واليمين لا يشترط لها إسلام ولا حرية، ولا عدالة، ودليل ذلك افتقار اللعان إلى اسم الله تعالى.

٢٧٧٥ ـ وقول النبي ﷺ في امرأة هلال: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» وهذه الرواية هي اختيار القاضي في تعليقه، وجماعة من أصحابه، كالشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وابن البنا، واختيار أبي محمد إيضاً وغيره (وعنه) يشترط التكليف الإسلام والحرية والعدالة، فلا لعان إلا من مسلمين حرين عدلين، وعلله أحمد بأنه شهادة، وذلك لوجود لفظ الشهادة فيه، ولأن الله سبحانه قال: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٤] فجعلهم شهداء (وعنه) رواية ثالثة: لا يصح اللعان إلا من المحصنة وزوجها المكلف، ولا لعان في قذف يوجب التعزير، لأن الله تعالى قال: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ ثم قال: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ الآية، وظاهره المحصنات (وعنه) لا لعان بقذف غير المحصنة، إلا لولد يريد نفيه، وهذا اختيار القاضي في المجرد، نظراً للحاجة لنفي الولد، وظاهر كلام الخرقي الثالثة، لأنه اعتبر في الزوجة البلوغ والحرية والإسلام، ولم يعتبر ذلك في الزوج، والقاضي والشريف وأبو الخطاب قالوا: إن اختياره الثانية.

واعلم أن في كلام الخرقي تساهلاً، لأنه قال: لزمه الحد إن لم يلتعن، مسلماً كان أو كافراً. والحد إنما يجب بقذف المسلمة، والكافر لا يكون زوجاً لمسلمة، وقد يحمل على ما إذا أسلمت فقذفها في عدتها، فإن هنا يلزمه الحد وإن كان كافراً، وله أن يلتعن لإسقاطه إن كان بينهما ولد كما تقدم. انتهى، وقوله: فقال لها: زنيت أو يا زانية أو رأيتك تزنين، بيان للألفاظ التي يصير بها قاذفاً، ويترتب عليها اللعان، ولا يشترط أن يضيف ذلك إلى الرؤية، لعموم: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ ولا أن يقذفها بزنا في القبل، بل لا فرق بين القبل والدبر، ولو قذفها بغير الزنا، أو بزنا لكن في غير الفرج فلا حد ولا لعان، ولو لم يقذفها بالزنا أصلاً، بأن قال: لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني. ونحو ذلك، فيأتي إن شاء الله تعالى، وقوله: ولم يأت بالبينة لزمه الحد إن لم يلتعن، تقدم الكلام عليه أولاً، وظاهر كلامه أنه إذا قدر على البينة له أن يلتعن وهو كذلك، لأنهما بينتان، فكان له الخيرة في أيهما شاء والله أعلم.

قال: ولا يعرض له حتى تطالبه زوجته.

ش: يعني لا يعرض له في طلب حد ولا لعان حتى تطالبه زوجته، لأن ذلك حق لها، فلا يقام إلا بطلبها، كبقية حقوقها، ولا يملك وليها المطالبة، وإن كانت صغيرة أو مجنونة، أو أمة، لأنه حق ملحوظ فيه التشفي، فليس لغير من هو له طلبه كالقصاص، فإن أراد الزوج اللعان من غير طلبها، ولا ولد لم يكن له ذلك بلا نزاع

عندنا، وكذلك مع وجود الولد على أكثر نصوص الإمام أحمد، لأنه أحد موجبي القذف، فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد، واختار القاضي أن له اللعان وحده، لأجل نفي الولد، لحاجته إلى ذلك، وجعله أبو البركات قياس رواية أنه يلاعن إذا نفى الولد، ولم يرمها بالزنا، بأن قال: لم تزن والولد ليس ولدي. ونحو ذلك، كما سيأتي، وهكذا الخلاف في كل موضع تعذر فيه اللعان من جهتها، كما إذا أعفته عن المطالبة أو صدقته أو أقام بينة بزناها، أو قذفها وهي محصنة فجنت، أو وهي مجنونة بزنا قبل الجنون، أو وهي خرساء أو ناطقة ثم خرست ولم تفهم إشارتها.

قال: فمتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً.

ش: إذا تلاعنا وفرق الحاكم بينهما، حرمت الملاعنة على الملاعن على التأبيد، فلا يجتمعان أبداً على المذهب بلا ريب.

٢٧٧٦ ـ لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ للمتلاعنين: «حسابكما على الله تعالى، أحدكما كاذب، لا سبيل لك عليها». قال: يا رسول الله مالي؟ قال: «لا مال لك، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها»(١) متفق عليه.

٢٧٧٧ ـ وعن سهل بن سعد في قصة المتلاعنين: ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وقال: «لا يجتمعان أبداً»(٢).

٢٧٧٨ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً»(٣).

٢٧٧٩ ـ وعن علي، وابن مسعود رضي الله عنهما قالا: مضت السنة أن لا يجتمع المتلاعنان(٤). رواهم الدارقطني.

وشذ حنبل عن أصحابه فنقل عن أحمد أنه إذا أكذب نفسه حلت له، نظراً إلى أن اللعان الذي وجد كأن لم يكن بالتكذيب، وقد اختلف نقل الأصحاب في هذه الرواية، فقال القاضي في الروايتين: نقل حنبل: إن أكذب نفسه زال تحريم الفراش، وعادت مباحة كما كانت بالعقد الأول؛ وقال في الجامع والتعليق: إن أكذب نفسه جلد الحد، وردت إليه، وظاهر هذا أنه من غير تجديد عقد، وهو ظاهر كلام أبي محمد، قال في الكافي والمغني: نقل حنبل: إن أكذب نفسه عاد فراشه كما كان؛ زاد في المغني: وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق الحاكم، فأما مع تفريق

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٥٣١١، ٥٣٤٩، ومسلم ١٠/١٢٦.
(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ٣/ ٢٧٥.
(٣) أخرجه الدارقطني في سننه ٣/ ٢٧٦.
(٤) انظر الحاشية السابقة.

الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله؛ وفيما قاله نظر، فإنه إذا لم يفرق الحاكم فإن قيل: الفرقة حصلت باللعان، فهو كتفريق الحاكم، وإن قيل: لا تحصل إلا بتفريق الحاكم، فلا تحريم حتى يقال حلت له، والذي يقال في توجيه ظاهر هذا النقل أن الفرقة إنما استندت للعان، وإذا أكذب نفسه كأن اللعان لم يوجد، وإذاً يزول ما ترتب عليه، وهو الفرقة وما نشأ عنها وهو التحريم.

وأعرض أبو البركات عن هذا كله فقال: إن الفرقة تقع فسخاً متأبد التحريم (وعنه) إن أكذب نفسه حلت له بنكاح جديد، أو ملك يمين إن كانت أمة، وقد سبقه إلى ذلك الشيرازي، فحكى الرواية أنها تباح بعقد جديد. انتهى.

فعلى المذهب متى وقع اللعان بعد البينونة أو في نكاح فاسد، فهل يفيد الحرمة المؤبدة، لأنه لعان صحيح، أو لا يفيدها، لأن الفرقة لم تحصل به؟ على وجهين.

ومقتضى كلام الخرقي رحمه الله، أن الفرقة بينهما لا تحصل إلا بتفريق الحاكم، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار القاضي، والشريف، وأبي الخطاب في خلافاتهم، وابن البنا وأبي محمد، وأبي بكر فيما حكاه القاضي في التعليق.

٢٧٨٠ ـ لما روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله، وانتفى من ولدها، ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وألحق الولد بالمرأة[(١)]. رواه الجماعة.

٢٧٨١ ـ وعن سعيد بن جبير قال: قلت لابن عمر رضي الله عنهما: رجل قذف امرأته. قال: فرق رسول الله ﷺ بين أخوي بني عجلان، وقال: «الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب» يرددها ثلاث مرات، فأبيا ففرق بينهما[(٢)]. متفق عليه، ولو حصلت الفرقة بمجرد اللعان لما احتيج إلى فرقة.

٢٧٨٢ ـ وقد تقدم في حديث سهل بن سعد أن عويمراً قال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها. فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ[(٣)]، قال الزهري: فكانت تلك سنة المتلاعنين، وفي رواية في الصحيح: «ذاكم التفريق بين كل متلاعنين» وفي لفظ لأحمد ومسلم: فكان فراقه إياها سنة المتلاعنين؛ وظاهره يقتضي أن طلاقه وقع، ولو وقعت الفرقة لما وقع، وقوله: فكانت تلك سنة المتلاعنين يعني التفريق بينهما، وأحمد رحمه الله استدل بحديث سهل على أن الفرقة تقع بمجرد اللعان، فقال في رواية ابن القاسم وقد سئل: متى تنقضي الفرقة بينهما؟ فقال: أما في حديث سهل

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٤٧٤٨، ومسلم ١٠/١٢٧، وأبو داود حديث ٢٥٩، والنسائي ٦/١٧٨، وابن ماجه حديث ٢٠٦٩، وأحمد ٢/٧.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٥٣١١، ومسلم ١٠/١٢٦.

(٣) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٧٧٣.

فقال: كذبت عليها إن أمسكتها، هي طالق. وأما حديث ابن عمر فإنه يقول: فرق رسول الله ﷺ بينهما؛ وابن عمر أعرف بالحديث، لأن سهلا كان له خمس عشرة سنة، وابن عمر كان رجلاً؛ ووجه الدليل من هذا أن قوله: فكانت تلك سنة المتلاعنين. أي الحكم بالفرقة باللعان، ثم يرشح هذا القول أن اللعان معنى يقتضي التحريم المؤبد، فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع، وهذه الرواية عزاها أبو محمد إلى اختيار أبي بكر، وظواهر الأحاديث تدل على الأولى وهي المذهب، وعليها لا يحتاج الحاكم إلى استئذانها، ولو لم يفرق كان النكاح بحاله، قاله أبو محمد، وعلى كلتيهما لا يحصل التفريق قبل تمام اللعان بينهما، لأن النصوص إنما وردت بالتفريق بعد لعانهما.

(تنبيه) فرقة اللعان فسخ لا طلاق، نص عليه، والله أعلم.

قال: وإن أكذب نفسه فلها عليه الحد.

ش: إذا أكذب نفسه لزمه ما عليه من وجوب الحد، ولحوق النسب، ولم يثبت ما عليه من عود حلها له، على المذهب كما تقدم، لأن بإكذاب نفسه تبين أن لعانه كذب، وإذاً يجب الحد.

٢٧٨٣ ـ وقد روى الدارقطني[1] بإسناده عن قبيصة قال: قضى عمر رضي الله عنه في رجل أنكر ولد امرأته وهو في بطنها، ثم اعترف وهو في بطنها، حتى إذا ولد أنكره، فأمر به عمر رضي الله عنه فجلد ثمانين جلدة، لفريته عليها، ثم ألحق به ولدها، وإنما لم يثبت الحل حذاراً من أن يثبت له بمجرد قوله حل، ولما كان من مذهب الخرقي أن اللعان لا يشرع إلا في قذف المحصنة اقتصر على الحد، أما على قول غيره من أنه يشرع وإن لم تكن محصنة، فيقول: أو التعزير إن لم تكن محصنة. والله أعلم.

قال: وإن قذفها وانتفى من ولدها، وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم، انتفى عنه إذا ذكره في اللعان.

ش: إذا ولدت المرأة ولداً لحق زوجها.

٢٧٨٤ ـ لقول النبي ﷺ: «الولد للفراش»[2] ولا ينتفي عنه إلا اللعان على الصفة التي ذكرها الخرقي رحمه الله، كما سيأتي بيانه.

٢٧٨٥ ـ وذلك لما تقدم في حديث ابن عمر الصحيح: أن رجلاً لاعن امرأته، وانتفى من ولدها، ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وألحق الولد بالمرأة[3].

---

(١) سنن الدارقطني ٣/ ١٦٤.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٠٥٣، ٦٧٤٩، ٦٧٥٠، ومسلم ١٠/ ٣٦، وأبو داود حديث ٢٢٧٤، والنسائي ٦/ ١٨٠، وابن ماجه حديث ٢٠٠٤.

(٣) أخرجه البخاري حديث ٤٧٤٨، ومسلم ١٠/ ١٢٧.

٢٧٨٦ ـ وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ لما لاعن بين هلال وامرأته قال: ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب، ولا يرمى ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد[(١)]، رواه أحمد وأبو داود، واختلف بماذا ينتفي (فعنه) بتمام لعانهما (وعنه) بنفي الحاكم مع ذلك، وهذا الخلاف كالخلاف في الفرقة، بماذا تحصل (وعنه) ثالثة تقف الفرقة على حكم الحاكم، فإذا فرق انتفى الولد، لأن قول ابن عمر رضي الله عنهما: ففرق رسول الله ﷺ بينهما، وألحق الولد بالأم. ظاهره أن نفي الولد مرتب على التفريق، وخرج أبو البركات قولاً آخر، أن الولد ينتفي بلعان الزوج وحده، وكأنه خرجه من القول: إن تعذر اللعان من جهة المرأة، يلاعن الزوج وحده لنفي الولد.

وقول الخرقي: وإن قذفها وانتفى من ولدها. لأن عنده كما سيأتي أن من شرط اللعان القذف، وقوله: وتم اللعان بينهما. يحترز عن مذهب الغير أن الولد ينتفي بمجرد لعان الزوج، كالتخريج المتقدم، وقوله: وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم؛ الظاهر أن الباء فيه للمعية، أي مع تفريق الحاكم، لا للسببية، إذ تفريق الحاكم ليس سبباً لتمام اللعان، بل تمامه بألفاظه المشترطة كما سيأتي، وقوله: انتفى عنه إذا ذكره في اللعان؛ يعني أنه يشترط لنفي الولد أن يذكره في اللعان، فلو لم يذكره لم ينتف، وهذا مختار القاضي وأبي محمد وغيرهما، لما تقدم من حديث ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته وانتفى من ولدها؛ ولأن غاية اللعان أن يثبت زناها، وذلك لا يوجب نفي الولد، كما لو أقرت به. وعلى هذا يشترط أن يذكره في الألفاظ الخمسة، وحكى أبو محمد تبعاً للقاضي في روايتيه عن أبي بكر في الخلاف أنه لا يشترط ذكره، لحديث ابن عباس رضي الله عنهما المتقدم في لعان هلال وامرأته، وقضى رسول الله ﷺ أن لا يدعى ولدها لأب، وليس في القصة أنه ذكر الولد في اللعان، ولم يعرج أبو البركات على هذا الخلاف، بل جزم أنه لا بد أن يتناوله اللعان؛ إما صريحاً بأن يقول في لعانه: وما هذا الولد ولدي. وإما ضمنا، بأن يقول من قذفها بزنا في طهر لم يصبها فيه وأنه اعتزلها حتى ولدت: أشهد بالله أني لصادق فيما ادعيت به، ونحو ذلك، يدل عليه والله أعلم.

قال: فإن أكذب نفسه بعد ذلك لحقه الولد.

ش: قد تقدم أنه إذا أكذب نفسه ثبت ما عليه من الحد، ولحوق الولد، لأن نفقته تجب عليه، وكلام الخرقي يشمل وإن كان الولد ميتاً وله مال، وهو كذلك والله أعلم.

قال: وإن نفى الحمل في التعانه لم ينتف حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٥٦، وأحمد ١/ ٢٣٨.

ش: منصوص أحمد في رواية الجماعة أنه لا يصح نفي الحمل، وقال: ربما لم يكن شيئاً، لعله يكون ريحاً، وعلى هذا عامة الأصحاب، معتمدين بأنه يكون ريحاً، وقد يكون غيره، فيصير نفيه مشروطاً بوجوده، ولأن الأحكام التي ينفرد بها الحمل تقف على ولادته، بدليل الميراث والوصية، وغير ذلك، وهذا حكم ينفرد به الحمل، فدخل في القاعدة، وفارق وجوب النفقة على الحامل، وكونها لا توطأ حتى تضع وغير ذلك، لأن هذه أحكام تتعلق بحيوان حامل، لا ينفرد بالحمل، فعلى هذا لا بد أن ينفيه عند وضعها له ويلاعن، ونقل عنه ابن منصور ما يدل على أنه يصح نفيه، وهو اختيار أبي محمد، لأن في حديث سهل: وقضى أن لا يدعى ولدها لأب، ولعان هلال وامرأته كان قبل الوضع، كما جاء في غير حديث.

٢٧٨٧ ـ وجاء مصرحاً في حديث سهل وكانت حاملاً[١].

٢٧٨٨ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ لاعن على الحمل، رواه أحمد[٢]. وينبني على هذا الخلاف في استلحاقه، فعلى الأول لا يصح، وقد نص عليه أحمد في رواية ابن القاسم، وعلى الثاني يصح. والله تعالى أعلم.

قال: ولو جاءت امرأته بولد، فقال: لم تزن، ولكن ليس هذا الولد مني؛ فهو ولده في الحكم، ولا حد عليه لها.

ش: أما كون الولد والحال ما تقدم ولده، فلأنه ولد على فراشه، وقد قال ﷺ: «الولد للفراش» وأما كونه لا حد عليه فلأن شرط وجوب الحد القذف ولم يوجد، وظاهر كلام الخرقي أنه ليس له اللعان لنفي الولد، وهذا اختيار القاضي في الروايتين، وأبي محمد، لأن اللعان الذي ورد في الكتاب والسنة ورد بعد القذف، ولا قذف هنا، فينتفي اللعان، إذ الأصل الانتفاء مطلقاً، إلا فيما ورد به الشرع (والرواية الثانية) وهي اختيار أبي بكر، وابن حامد، والقاضي في تعليقه وفي روايتيه، والشريف وأبي الخطاب في خلافيهما، والشيرازي، وأبي البركات: له ذلك، لأن مشروعية اللعان لشيئين، نفي الحد والولد، ولا يلزم من عدم أحدهما عدم الآخر، ولو سلم أن أصل مشروعيته لنفي الحد، فليشرع لأجل الولد من باب الأولى، إذ ضرر الولد يتأكد، ويلزم منه مفاسد عظيمة، لا يوجد بعضها في الحد، فكيف بمجموعها.

(تنبيهان) أحدهما ذكر أبو البركات من صور الروايتين إذ قال صورة الخرقي، ولم يقل: ولم تزن. ولم يجعله قاذفاً، أو قال: وطئت بشبهة، أو مقهورة بنوم أو إغماء أو جنون أو إكراه؛ وحكى اختيار الخرقي في الجميع، وأبو محمد في المغني قطع فيما إذا قال: وطئت بشبهة أنه لا لعان. وحكى الخلاف فيما إذا قال أكرهت على الزنا.

---

(١) انظر البخاري حديث ٤٧٤٦، ومسلم ١٠/ ١٢٢.
(٢) المسند ١/ ٣٥٥.

وهذا ظاهر كلام القاضي، لأنه استدل لاختيار الخرقي بأن من رمى أحد الواطئين لم يكن له أن يلاعن، كما لو قذف الزوجة دون الواطىء، فقال: وطئك فلان بشبهة، وكنت عالمة أنه أجنبي. وأجاب عن ذلك في التعليق بأنه إنما لم يكن له اللعان لجواز نفي الولد عنه، بعرضه على القافة، وأبو محمد يقول في هذه الصورة التي جعلها القاضي محل وفاق: له اللعان، وينصب الخلاف مع القاضي، وضابط الباب أنه متى قذف بالزنا، بأن تضمن قذفه رميها ورمي واطئها، شرع اللعان بلا ريب، وعكسه إن لم يقذفها، ولا قذف واطئها، فهنا لا لعان عند أبي محمد في المغني، والقاضي، ولا خلاف، وعند أبي محمد في المقنع وأبي البركات فيه الروايتان، والصحيح عند أبي البركات مشروعية اللعان، وهذا الذي اقتضى لأبي البركات أن يقول: وهو أصح عندي. أي في جميع الصور، وإن قذف واطئها دونها، بأن قال: أكرهت على الزنا. ونحو ذلك، فهنا يجري الخلاف بلا ريب، والمصحح عند القاضي ومن تقدم مشروعية اللعان، خلافاً للخرقي، وأبي محمد، وإن قذفها دون الواطئ، كما إذا قال: وطئك فلان بشبهة. وكنت عالمة، فعند القاضي هنا لا خلاف أنه لا يلاعن، ومختار أبي محمد أنه يلاعن، وكلام أبي البركات محتمل لجريان الخلاف، وأن الصحيح عنده مشروعية اللعان، ومناط المسألة عند القاضي أن لا يكون له طريق إلى نفي الولد إلا اللعان، والمناط عند أبي محمد والخرقي أن يقذف زوجته بالزنا، والمناط عند أبي البركات أنه يحتاج إلى نفي الولد، وإن أمكن نفيه بالعرض على القافة، ونحو ذلك، لأن القافة قد تتعذر، وقد يشتبه الأمر عليها، ونحو ذلك.

(التنبيه الثاني) حيث شرع اللعان في هذه الصور فإن الولد ينتفي بمجرد لعان الزوج وحده، ذكره أبو البركات والله أعلم.

قال: واللعان الذي يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحضر من الحاكم: أشهد بالله لقد زنت. ويشير إليها، وإن لم تكن حاضرة سماها ونسبها، حتى يكمل ذلك أربع مرات، ثم يوقف عند الخامسة ويقال له: اتق الله، فإنها الموجبة، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، فإن أبى إلا أن يتم فليقل: ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، فيما رماها به من الزنا، وتقول هي: أشهد بالله لقد كذب. أربع مرات، ثم توقف عند الخامسة، وتخوف كما يخوف الرجل، فإن أبت إلا أن تتم فلتقل: وأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، فيما رماني به الزنا، ثم يقول الحاكم: قد فرقت بينكما.

ش: هذا بيان لصفة اللعان، والأصل فيه في الجملة الآية الكريمة، وقد تقدمت.

٢٧٨٩ ـ وعن سعيد بن جبير أنه قال لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما: يا أبا عبد الرحمن المتلاعنان أيفرق بينهما؟ قال: سبحان الله، نعم أول من سأل عن ذلك فلان ابن فلان، قال: يا رسول الله أرأيت لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف

يصنع؟ إن تكلم تكلم بأمر عظيم، وإن سكت سكت على مثل ذلك؛ قال: فسكت النبي ﷺ فلم يجبه، فلما كان بعد ذلك أتاه فقال: إن الذي سألتك عنه ابتليت به، فأنزل الله هؤلاء الآيات في سورة النور: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] فتلاهن عليه، ووعظه وذكره، وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخر، فقال: لا والذي بعثك بالحق ما كذبت عليها؛ ثم دعا بالمرأة فوعظها، وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، قالت: لا والذي بعثك بالحق إنه لكاذب، فبدأ بالرجل فشهد: ﴿أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۝٧﴾ ثم ثنى بالمرأة فشهدت: ﴿أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۝٧﴾ ثم فرق بينهما[(١)] متفق عليه.

وظاهر كلام الخرقي أن جميع ما ذكره تتوقف صحة اللعان عليه، فيكون شرطاً فيه، ونحن نتكلم عليه مفصلاً، فأما كون ذلك بمحضر الحاكم فلا بد منه.

٢٧٩٠ ـ لأن في قصة هلال أن النبي ﷺ قال: أرسلوا إليها، فتلا عليهما رسول الله ﷺ، وذكرهما، وأخبرهما أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، فقال هلال: والله لقد صدقت عليهما، فقالت: كذب. فقال رسول الله ﷺ: «لاعنوا بينهما»[(٢)] وظاهره أنه كان بحضوره، وكذلك بقية الأحاديث، تدل على ذلك، نعم لو كانت المرأة خفرة، بعث الحاكم من يلاعن بينهما، إذ هو نائب عنه، ونائبه قائم مقامه، وأما كون الزوج يقول: أشهد بالله أربع مرات. فللآية الكريمة والحديث، وأما كونه يقول: لقد زنت. فلأن الذي يشهد به هو زناها، وأما كونه يشير إليها فلتتميز عن غيرها، وهذا إذا كانت حاضرة، فإن كانت غائبة أسماها ونسبها، حتى تنتفي المشاركة بينها وبين غيرها، وهذا كله شرط، وقيل لأحمد: كيف يلاعن؟ قال: على ما في كتاب الله، يقول أربع مرات: أشهد بالله إني فيما رميتها به من الزنا لمن الصادقين. وهو ظاهر النصوص، والخرقي رحمه الله تعالى استغنى عن ذلك بقوله: لقد زنت. لأن معناهما واحد، قال أبو محمد: واتباع لفظ النص أولى وأحسن.

٢٧٩١ ـ وأما كون الزوج يوقف بعد الرابعة، ويقال له ما ذكر، فلأن في حديث هلال لما قال النبي ﷺ: «لاعنوا بينهما» فقيل لهلال: اشهد. فشهد: ﴿أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ فلما كانت الخامسة قيل: يا هلال اتق الله، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخر، وإن هذه الموجبة التي توجب العذاب. فقال: والله لا يعذبني الله عليها، كما لم يجلدني عليها، فشهد: ﴿وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ۝٧﴾ ثم قيل لها: اشهدي. فشهدت: ﴿أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ فلما كانت

(١) أخرجه البخاري حديث ٥٣١١، ومسلم ١٠/ ١٢٤.
(٢) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٧٨٦.

الخامسة قيل لها: اتقي الله، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب، فتلكأت ساعة ثم قالت: والله لا أفضح قومي؛ فشهدت: ﴿وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٧﴾[1] الحديث رواه أبو داود وأحمد، وهو ظاهر النصوص، وهذا الإيقاف والموعظة مستحبان عند الأصحاب، لأنهما ليسا في حديث ابن عمر رضي الله عنهما الصحيح، وإنما فيه الموعظة أولاً، وأما كونه إن لم يرجع وأبى إلا أن يتم فليقل: ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، للآية الكريمة والحديث، وهذا أيضاً شرط، إلا أنه لو أبدل لفظة اللعنة بالإبعاد أو بالغضب ففي الإجزاء ثلاثة أوجه (ثالثها) الاجتزاء بالغضب لا بالإبعاد، وفي إبدال لفظه أشهد بأقسم أو أحلف وجهان، أصحهما: لا يجزئ: وقال الوزير ابن هبيرة من أصحابنا: من اشترط من الفقهاء أنه يزاد بعد قوله: ﴿مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾: فيما رميتها به من الزنا. اشترط في نفيها عن نفسها: فيما رماني به من الزنا. ولا أراه يحتاج إلى ذلك، لأن الله تعالى أنزل ذلك وبينه، ولم يذكر هذا الاشتراط، وأما كون المرأة تقول بعد ذلك: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين، أو لقد كذب. على ما قال الخرقي إلى آخره، فلما تقدم، وهو كله أيضاً شرط إلا الموعظة والإيقاف كما في الرجل، وإذا أبدلت الغضب باللعنة لم يجز، لأن الغضب أبلغ، وإن أبدلت الغضب بالسخط فوجهان، وقد تضمن كلام الخرقي أن لعان الزوج مقدم، وهو كذلك، فلو ابتدأت المرأة لم يعتد بذلك، وكذلك الترتيب في الألفاظ شرط، واعلم أن من شرط اللعان أيضاً الإلقاء من الحاكم أو نائبه، فلو ابتدأ الرجل من غير إلقاء لم يعتد به، كما لو حلف من غير أن يأذن له الحاكم، أو شهد من غير سؤال، والله أعلم.

قال: فإن كان بينهما في اللعان ولد ذكر الولد فإذا قال: أشهد بالله لقد زنت، يقول: ما هذا الولد ولدي. وتقول هي: أشهد بالله لقد كذب، وهذا الولد ولده.

ش: قد تقدم أنه يشترط لنفي الولد ذكره في اللعان، وأنه لا ينتفي إلا بذلك، على مختار الخرقي، ثم إن الخرقي اكتفى بأن يقول: وما هذا الولد ولدي. وتبعه على ذلك أبو محمد، وقال القاضي: يشترط أن يقول: هذا الولد من زنا، وليس هو مني. يعني خلقاً وخلقاً والله أعلم.

قال: فإن التعن هو ولم تلتعن هي فلا حد عليها، والزوجية بحالها.

ش: أما انتفاء الحد عنها فلا نعلم فيه خلافاً في مذهبنا لأن الحدّ يدرأ بالشبهة، ونكولها شبهة، لأنه يحتمل أن يكون لشدة حيائها، أو لعقدة على لسانها، أو غير ذلك، وهذا شبهة فدرأت الحد.

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٥٦، وأحمد ١/٢٣٨.

٢٧٩٢ ـ ويرشح هذا قول عمر رضي الله عنه: إن الحد على من زنا وقد أحصن، إذا كانت بينة، أو كان الحمل أو الاعتراف؛ وظاهره أنه لا حد بغير ذلك، وقول الله سبحانه: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ﴾ [النور: ٨] يحتمل أن يراد بالعذاب الحد، ويحتمل أن يراد الحبس، ويحتمل أن يراد غيره، فلا يثبت الحد بالاحتمال، وأما كون الزوجية بحالها فلأن الفرقة إنما تحصل بالتعانهما، ولم يوجد ذلك.

وظاهر كلام الخرقي أنه يخلى سبيلها، وهو إحدى الروايتين، واختيار أبي بكر، لأن هذا لعان لم يوجب حدا، فلم يوجب حبساً، كما لو لم تكمل البينة (والثانية): وهي اختيار القاضي، وأبي علي ابن البنا، والشيرازي وغيرهم ـ أنها تحبس حتى تقر أو تلاعن، نظراً لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ﴾ [النور: ٨] فإذا لم تشهد لم يندرىء العذاب عنها، وإنما قلنا: العذاب الحبس لآية النساء وهي قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ﴾ الآية إلى: ﴿فَإِن شَهِدُوا۟ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٥] وإنما لم يقل إنه الحد حذاراً من ارتكاب الأثقل بالاحتمال، ومقتضى كلام الخرقي أن الولد لاحق له، وهو كذلك والله أعلم.

قال: وكذلك إن أقرت دون الأربع مرات.

ش: يعني لا حد عليها، لأنه لم يثبت بلعانه كما تقدم، ولا بإقرارها المذكور، إذ شرط ثبوت الحد عليها بالإقرار أن تقر أربعاً، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، والزوجية بحالها كما تقدم، وحكم هذه حكم من نكلت على ما تقدم، في حبسها أو تخليتها، وفي أن الولد لاحق بالزوج على المنصوص، وقد تقدم فيه قول آخر أن للزوج أن يلتعن وحده لنفيه، وحكى ابن حمدان قولاً أنها إذا أقرت بعد النكول ثلاثاً أنها تحد، وكأن مدركه أن شهادة الرجل بمنزلة شاهد، فقد وجد بلعانه ربع النصاب، وبإقرارها ثلاثة أرباعه، ويلزم على هذا لو أقرت ثلاث مرات، وشهد شاهد أنها تحد، ولا أعرف النقل في ذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب العدد

ش: العدة ما تعده المرأة من أيام أقرائها، أو أيام حملها، أو غير ذلك، على ما يعرف إن شاء الله، والأصل فيها قول الله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] أي فعدتهن كذلك، أو فكذلك، أو واللائي يئسن من المحيض، واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر، وملخصه هل في الآية تقديم وتأخير أو تقدير، وعلى الثاني هل المقدر مفرد أو جملة؟ خلاف، وقوله: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] الآية، وقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] وقول النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس: «اعتدي في بيت ابن أم مكتوم»[1] في أحاديث غير ذلك، مع أن مشروعية ذلك إجماع والحمد لله والله أعلم.

قال: وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها فعدتها ثلاث حيض.

ش: قد انعقد الإجماع على وجوب العدة على المبتوتة، لعموم ـ ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] مع قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩] الآية، وقد اختلف في وجوب العدة على المخلو بها بشرطه، ومذهبنا وجوبها، لقضاء الصحابة بذلك، وقد تقدم الكلام على ذلك مبيناً، في وجوب الصداق بالخلوة، ويشترط لوجوب العدة بالخلوة مطاوعتها، وكون الزوج ممن يولد لمثله، وهل يعتبر خلوهما من الموانع كالجب والعنة، والإحرام والصيام، ونحو ذلك؟ لم يعتبره أبو البركات، مع حكايته الخلاف في الصداق، وخرج أبو محمد الخلاف الذي ثم هنا.

وظاهر كلام الخرقي أن العدة لا تجب إذا لم يوجد مس أو خلوة، ولو قبل أو لمس، أو تحملت المرأة ماء الرجل، وهو أحد الوجهين في الصور الثلاث، والذي جزم به القاضي في المجرد وجوبها بتحمل المرأة الماء انتهى.

وعدة ذات القروء الحرة ثلاثة أقراء بالإجماع، لشهادة النص بذلك، واختلف في القروء هل هي الحيض أو الأطهار؟ على روايتين مشهورتين، هما قولان للعلماء، ولأهل اللغة (إحداهما) أنها الأطهار، ويعزى هذا في الجملة إلى أهل الحجاز.

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٦٨٥.

٢٧٩٣ ـ ونقله أحمد عن زيد وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم، وزعم ابن عبد البر أن أحمد رجع أخيراً إلى هذا القول، وعمدته في ذلك قول أحمد في رواية الأثرم: رأيت الأحاديث عمن قال القروء الحيض تختلف، والأحاديث عمن قال الطهر وأنه أحق بها، والعمدة في ذلك قوله: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ أي في عدتهن، كقوله تعالى: ﴿وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ لِيَوْمِ ٱلْقِيَـٰمَةِ﴾ [الأنبياء: ٤٧] أي في يوم القيامة، والمشروع السنة له كما تقدم، وقال الأعشى يصف غزوة[١]:

مورثة مالاً وفي الأصل رفعة   لما ضاع فيها من قروء نسائكا

والذي ضاع هو الأطهار (والثانية) القرء الحيض، ويعزى هذا في الجملة إلى أهل العراق، ويحكى عن الأصمعي والكسائي، والفراء، والأخفش، قالوا كلهم: أقرأت المرأة. إذا حاضت. قال الأصمعي: فهي مقرؤ. وقال الكسائي والفراء: فهي مقرىء.

٢٧٩٤ ـ ونقل ذلك الإمام أحمد عن عمر، وابن مسعود رضي الله عنهما، وهو المشهور عن أحمد، واختيار أصحابه، وآخر قوليه صريحاً، كما نص عليه في رواية ابن القاسم، فقال: كنت أقول بقول زيد وعائشة وابن عمر رضي الله عنهم فهبته، وكذلك في رواية الأثرم: كنت أقول الأطهار، ثم وقفت لقول الأكابر. وأصرح من ذلك قوله في رواية النيسابوري: قد كنت أقول به، إلا أني أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض، وهذا تصريح بالرجوع، وعلى إحدى الطريقتين يرتفع الخلاف من مذهبه، وما اعتمده أبو عمر فليس فيه إلا أن مختاره كان إذ ذاك الأطهار، والعمدة في ذلك ما اعتمده أحمد من أن ذلك قول الأكابر، وقد حكاه عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما.

٢٧٩٥ ـ وروي عن أبي بكر الصديق، وعثمان بن عفان، وابن عباس، وأبي موسى، وعبادة بن الصامت، وأبي الدرداء رضي الله عنهم، وأيضاً فقد وقع القرء في لسان المبين لكتاب ربه، والمراد به الحيض.

٢٧٩٦ ـ فعن القاسم عن زينب بنت جحش رضي الله عنها أنها قالت للنبي ﷺ: إنها مستحاضة: فقال: «تجلس أيام أقرائها، ثم تغتسل»، مختصر، رواه النسائي[٢].

٢٧٩٧ ـ وعن عائشة رضي الله عنها أن أم حبيبة بنت جحش ـ التي كانت تحت عبد الرحمن بن عوف ـ شكت إلى رسول الله ﷺ الدم، قال: «فلتنظر قرأها الذي كانت تحيض، فلتترك الصلاة، ثم لتنظر ما بعد ذلك، فلتغتسل عند كل صلاة وتصلي»[٣] رواه أحمد والنسائي.

---

(١) البيت من الطويل، وهو في ديوان الأعشى ص ١٤١.
(٢) المجتبى ١/ ١٨٤.
(٣) أخرجه النسائي ١/ ١٨٣، وأحمد ٦/ ١٢٨.

٢٧٩٨ ـ وعن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض. رواه ابن ماجه(١).

٢٧٩٩ ـ وعنها أيضاً رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان»(٢) رواه الترمذي وأبو داود. فعلم من هذا أن عرف الشرع في القرء أنها تحيض، وأيضاً موافقة لظاهر الآية، وهو: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ فإن ظاهرها ثلاثة قروء كوامل، وإنما يكون ذلك إذا قلنا إنها الحيض، أما إن قلنا إنها الأطهار فإنما هو قرآن وبعض الثالث، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] فنقلهن عند عدم المحيض إلى الإعتداد بالأشهر، فظاهره أن الأشهر بدل عن الحيض، وأيضاً فالعدة استبراء، فكانت بالحيض كاستبراء الأمة.

٢٨٠٠ ـ ودليل الأصل قول النبي ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير حامل حتى تستبرأ بحيضة»(٣) وأما قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ فالمراد مستقبلات لعدتهن، كما تقول: لقيته لثلاث بقين من الشهر، أي مستقبلاً لثلاث.

٢٨٠١ ـ يؤيد هذا أن في حديث ابن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته وهي حائض، وأمره النبي ﷺ بمراجعتها، فقال ابن عمر: قرأ النبي ﷺ: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قُبُل عدتهن﴾(٤) [الطلاق: ١] رواه أبو داود والنسائي.

٢٨٠٢ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن رجل طلق امرأته مائة تطليقة، قال: عصيت ربك، وبانت منك امرأتك، لم تتق الله فيجعل لك مخرجاً، ثم قرأ: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قُبُل عدتهن﴾ وفي لفظ: وإن الله قال: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قُبُل عدتهن﴾ رواه أبو داود(٥)، وأما بيت الأعشى فقيل: أراد من أوقات نسائك، ولم يرد لا حيضاً ولا طهراً، والقرء والقارىء جاء في معنى الوقت، يقال: هذا قارىء الرياح. لوقت هبوبها، ومن هنا قال بعض أهل اللغة: إن القرء يصلح للحيض والطهر، بناء على أن القرء الوقت، وقال آخر: يصلح لهما، بناء على أن القرء الجمع، ومنه قولهم: قريت الماء في الحوض، وقرأت القرآن. أي لفظت به مجموعاً، ولا ريب أن الدم يجتمع في البدن في الطهر، ويجتمع في الرحم في الحيض، وبالجملة من أهل اللغة من يجعل القرء للطهر، ومنهم من يجعله للحيض، ومنهم من يجعله مشتركاً بينهما، والله أعلم.

---

(١) سنن ابن ماجه حديث ٢٠٧٧.
(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢١٨٩، والترمذي ١١٩٢.
(٣) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٥٣٠.
(٤) أخرجه أبو داود حديث ٢١٨٥، والنسائي ٦/١٣٩.
(٥) سنن أبي داود حديث ٢١٩٧.

قال: غير الحيضة التي طلقها فيها.

ش: هذا بناء على مختاره من أن الأقراء الحيض، فعلى هذا لا تعتد بالحيضة التي طلقها فيها من العدة، بل إنما تحتسب بما بعدها، بلا خلاف نعلمه، لظاهر الكتاب، ولأن المنع من الطلاق في الحيض ـ والله أعلم ـ حذاراً من تطويل العدة عليها، وإنما يكون ذلك إذا لم تحتسب بالحيضة التي طلقها فيها، وبهذا قلنا والجمهور تحتسب بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً إن قلنا القروء الأطهار، وإلا يكون الطلاق في الطهر أضر بها، وأطول عليها من الطلاق في الحيض، والله أعلم.

قال: فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة، أبيحت للأزواج.

ش: ظاهر هذا أن العدة لا يحكم بانقضائها بانقضاء الحيضة الثالثة، بل لا بد مع ذلك من الاغتسال، وهذا إحدى الروايتين، وأنصهما عن أحمد، واختيار أصحابه، الخرقي، والقاضي، والشريف والشيرازي وغيرهم، اعتماداً على أن هذا قول أكابر الصحابة.

٢٨٠٣ ـ قال أحمد: روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان يقول: إذا انقطع الدم في الحيضة الثالثة فقد بانت منه. وهو أصح في النظر، قيل له: فلم لا تقول به؟.

٢٨٠٤ ـ قال: ذلك يقول به عمر وعلي وابن مسعود، فأنا أتهيب أن أخالفهم؛ يعني اعتبار الغسل، ويرشح هذا القول أن ظاهر القرآن كما أشار إليه أحمد، يقتضي انقضاء العدة بانقضاء الثلاثة قروء، فترك هؤلاء الأكابر للظاهر، الظاهر إنما هو عن توقيف ممن له البيان.

٢٨٠٥ ـ وقد روي هذا أيضاً عن أبي بكر وعثمان، وأبي موسى، وعبادة وأبي الدرداء رضي الله عنهم. (والرواية الثانية) تنقضي العدة بانقطاع دمها من الثالثة وإن لم تغتسل، اختاره أبو الخطاب، نظراً لظاهر القرآن، ولا تفريع على هذه الرواية، أما على الأولى فظاهر كلام الخرقي وجماعة أن العدة لا تنقضي ما لم تغتسل، وإن فرطت في الاغتسال مدة طويلة، وقد قيل لأبي عبد الله: فإن أخرت الغسل تعمداً، فينبغي إن كان الغسل من أقرائها أن لا تبين وإن أخرته؟ قال: هكذا يقول شريك. فظاهر هذا أنه أخذ به، وقال أبو بكر: روي عن أبي عبد الله: إذا وجبت عليها الصلاة ولم يخرج الوقت. قال القاضي: يعني بذلك أنها لا تباح ما لم تجب عليها الصلاة، فإذا وجبت أبيحت انتهى، وقال أبو بكر أيضاً: روي عن أبي عبد الله أنها في عدتها إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض، وإن انقطع لأكثره انقضت العدة بانقطاعه انتهى، ومحل الخلاف في المسألة في إباحتها للأزواج، وحلها لزوجها الأول بالرجعة، أما ما عدا ذلك من انقطاع نفقتها، وعدم وقوع الطلاق بها، وانتفاء الميراث، وغير ذلك، فيحصل بانقطاع الدم رواية واحدة، قال القاضي وغيره: قصراً على مورد حكم الصحابة. والله أعلم.

قال: وإن كانت أمة فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية.

ش: مذهبنا ومذهب الجمهور أن عدة الأمة بالقرء قرءان.

٢٨٠٦ ـ لما تقدم من قول النبي ﷺ: «وعدتها حيضتان» وفي لفظ: «وقرء الأمة حيضتان» رواه الدارقطني[١]، وعن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة ثنتان، وعدتها حيضتان»[٢] رواه ابن ماجه والدارقطني، إلا أن كلا الحديثين قد ضعف.

٢٨٠٧ ـ لكن يرشحهما أنه قول عمر وعلي، وابن عمر رضي الله عنهم، والجمهور، وكان القياس يقتضي أن تكون حيضة ونصفاً، كما في كثير من أحكام الأمة مع الحرة، إلا أن الحيض لا يتبعض.

٢٨٠٨ ـ ولهذا قال عمر رضي الله عنه: لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفاً لفعلت. إذا تقرر هذا فالخرقي رحمه الله عنده أن القروء الحيض، فتكون عدة الأمة حيضتين، وعنده أن الحرة لا تحل للأزواج حتى تغتسل من الثالثة، فكذلك الأمة لا تحل حتى تغتسل من الثانية والله أعلم.

قال: وإن كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر.

ش: هذا إجماع والحمد لله، وقد شهد له قوله تعالى: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤] أي فكذلك، أو فعدتهن كذلك، أو واللائي يئسن من المحيض واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر، وملخصه أن الآية الكريمة هل فيها تقديم وتأخير، أو تقدير، وعلى الثاني هل المقدر مفرد أو جملة؟ ثلاثة أقوال.

(تنبيه) ويحتسب بالساعة التي فارقها، على المشهور من الوجهين، حذاراً من الزيادة على ظاهر الكتاب، وقال ابن حامد: إنما يحتسب بأول الليل أو النهار، فإذا طلقها نهاراً احتسب من أول الليل الذي يليه، وليلاً يحتسب بأول النهار الذي يليه، دفعاً لمشقة اعتبار الساعات والله أعلم.

قال: والأمة شهران.

ش: يعني أن ما تقدم إذا كانت الزوجة حرة، أما إن كانت أمة فعدتها شهران، وهذا هو المشهور من الروايات، والمختار لعامة الأصحاب، الخرقي والقاضي وأصحابه، وأبي بكر فيما نقله القاضي في الروايتين، إذ الأشهر بدل من القروء، وعدة ذات القروء قرآن، فبدلهما شهران.

٢٨٠٩ ـ واعتمد أحمد على قول عمر رضي الله عنه: عدة أم الولد حيضتان،

(١) سنن الدارقطني ٣/٣٠٨.

(٢) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٠٧٩، والدارقطني ٤/٣٨.

ولو لم تحض كان عدتها شهران (والرواية الثانية) عدتها شهر ونصف، اختارها أبو بكر فيما نقله أبو محمد.

٢٨١٠ ـ ويروى عن علي وابن عمر رضي الله عنهم، لأن عدة الأمة نصف عدة الحرة، وعدة الحرة ثلاثة أشهر، فنصفها شهر ونصف، وإنما اعتدت الأمة ذات القروء بالحيضتين، لتعذر تبعيض الحيضة (الرواية الثالثة) ثلاثة أشهر، مخرجة على ما قال القاضي من نصه في أن استبراءها بثلاثة أشهر، لظاهر إطلاق الكتاب، ولأن اعتبار الشهور للعلم ببراءة رحمها، ولا تحصل بدون ثلاثة أشهر في الحرة والأمة، إذ الحمل يكون نطفة أربعين يوماً، وعلقة أربعين يوماً، ثم يصير مضغة، أربعين يوماً ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة، ويظهر الحمل، وهذا ظاهر لا خفاء به، إلا أنه ضعف، لأنه مخالف لإجماع الصحابة، لأنهم إنما اختلفوا على القولين السابقين، وظاهر كلام الخرقي أنه لا فرق بين من عادتها أن لا تحيض، وبين من عادتها أن تحيض، كمن بلغت خمسة عشر سنة ونحو ذلك، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار أبي بكر وأبي محمد، واعتماداً على عموم الكتاب (والرواية الثانية) إذا أتى عليها زمان الحيض ولم تحض تعتد بسنة، اختارها القاضي في خلافه وفي غيره، وعامة أصحابه، الشريف وأبو الخطاب في خلافيهما، والشيرازي وابن البنا، لأنها والحال هذه مرتابة، لجواز أن يكون بها حمل منع حيضها فوجب أن تعتد بسنة، كالتي ارتفع حيضها بعد وجوده.

(تنبيه) حد الإياس هل هو خمسون سنة أو ستون، أو يفرق بين نساء العرب ونساء العجم، على خلاف سبق في الحيض، وأبو محمد يختار أنها إذا بلغت خمسين، وانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب، فقد صارت آيسة، وإن رأت الدم بعد الخمسين، على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض والله أعلم.

قال: وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة، وهي أمة، فلم تنقض عدتها حتى أعتقت، بنت على عدة حرة، وإن طلقها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فعتقت، اعتدت عدة أمة.

ش: لأنها إذا أعتقت وهي رجعية فقد وجدت الحرية وهي زوجة، فوجب أن تعتد عدة الحرائر، كما لو أعتقت قبل الطلاق، وإن عتقت وهي بائن فلم توجد الحرية في الزوجية، فلم تجب عليها عدة الحرائر، كما لو أعتقت بعد مضي القرئين والله أعلم.

قال: وإذا طلقها وهي ممن قد حاضت، فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت سنة.

ش: هذا هو المذهب المعمول به بلا ريب، لأنها إذاً حصلت مرتابة، فوجب أن تقعد سنة، تسعة أشهر للحمل اعتماداً على الغالب، وثلاثة لعدة الإياس، لتزول الريبة،

ولأبي الخطاب في الهداية احتمال أنها تقعد للحمل أربع سنين، نظراً إلى أن ذلك هو اليقين، ثم تعتد للإياس.

(تنبيه) ولو عاد الحيض قبل الحكم بانقضاء عدتها انتقلت إليه بلا ريب، لأنه الأصل، والبدل لم يتم، وإن عاد بعد العدة وبعد نكاحها لم تنتقل إليه بلا ريب، للحكم بصحة نكاحها، وإن عاد بعد الحكم بانقضاء عدتها، وقبل نكاحها ففي الانتقال إليه وجهان، أصحهما لا تنتقل إليه، للحكم بانقضاء عدتها، والله أعلم.

قال: وإن كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهراً، تسعة أشهر منها للحمل، وشهران للعدة.

ش: هذا مبني على ما تقدم له من أن عدة الأمة الآيسة شهران، وهو المذهب، أما على رواية أن عدتها شهر ونصف، فتجلس عشرة أشهر ونصف، وعلى رواية ثلاثة أشهر، تساوي الحرة والله أعلم.

قال فإن عرفت ما رفع الحيض كانت في عدة حتى تعود الحيض فتعتد به، إلا أن تصير من الآيسات، فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير في عدة الآيسات.

ش: إذا عرفت ما رفع الحيض ـ من مرض أو رضاع ونحوه ـ لم تزل في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به، أو تصير آيسة فتعتد عدة الآيسات، نص عليه أحمد في رواية صالح، وأبي طالب وابن منصور والأثرم، إذا حبسها مرض أو علة أو رضاع فلا بد أن تأتي بالحيض وعليه أصحابه.

٢٨١١ ـ لما روى الشافعي في مسنده عن حبان بن منقذ، أنه طلق امرأته طلقة واحدة، وكان لها منه بنية ترضعها، فتباعد حيضها، ومرض حبان، فقيل له: إنك إن مت ورثتك. فمضى إلى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم فسأله عن ذلك، فقال عثمان لعلي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم: ما تريان؟ فقالا: نرى أنها إن ماتت ورثها، وإن مات ورثته، لأنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض، ولا من الأبكار اللائي لم يبلغن المحيض. فرجع حبان إلى أهله فانتزع البنت منها، فعاد إليها الحيض، فحاضت حيضتين، ومات حبان قبل انقضاء الثالثة، فورثها عثمان رضي الله عنه، والله أعلم.

قال: وإن حاضت حيضة أو حيضتين، ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، لم تنقض عدتها إلا بعد سنة من وقت انقطاع الحيض.

ش: لأنها إذاً تصير مرتابة، فوجب أن تعتد بسنة، كما لو ارتفع حيضها من حين طلقها، والعدة لا تبنى على عدة أخرى، ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ثم يئست، انتقلت إلى ثلاثة أشهر، ولو اعتدت الصغيرة شهراً أو شهرين، ثم حاضت، انتقلت إلى القروء.

٢٨١٢ ـ واعتمد أحمد في المسألة على قول عمر رضي الله عنه فإنه قال ـ في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين، وارتفع حيضها لا تدري ما رفعه ـ: تجلس تسعة أشهر، فإن لم يستبن بها حمل، تعتد بثلاثة أشهر. قال ابن المنذر: قضى به عمر رضي الله عنه بين المهاجرين والأنصار رضي الله عنهم، لا ينكره منكر والله أعلم.

قال: وإن طلقها وهي من اللائي لم يحضن، فلم تنقض عدتها بالشهور حتى حاضت، استقبلت العدة بثلاث حيض إن كانت حرة أو بحيضتين إن كانت أمة.

ش: لأن الشهور بدل عن الحيض، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل، كالتيمم مع الماء، وإنما لم تبن على ما مضى، لما تقدم من أن العدة لا تبنى على أخرى، وإذاً تعتد بثلاث حيض إن كانت حرة، وبحيضتين إن كانت أمة، بناء على أن القروء الحيض، وإن قيل: إنها الأطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرء؟ فيه وجهان والله أعلم.

قال: ولو مات عنها وهو حر أو عبد، قبل الدخول أو بعده، انقضت عدتها بتمام أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة، وبتمام شهرين وخمسة أيام إن كانت أمة.

ش: أما كون الحرة تعتد بأربعة أشهر وعشر إذا مات زوجها فلقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

٢٨١٣ ـ وقول النبي ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا»[١] متفق عليه، ولا فرق بين قبل الدخول وبعده، إعمالاً لعموم الآية والخبر، ثم المعنى يعضده، وهو أن النكاح عقد عمر، فإذا مات انتهى، والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه، كتقرر أحكام الإجارة بانقضائها، وأما كون الأمة تعتد بشهرين وخمسة أيام، فقيل لاتفاق الصحابة على أن عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة، فكذلك عدة الوفاة، وظاهر كلام الخرقي أنه لا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة، مسلمة أو ذمية، ولا بين أن يوجد في مدة الأربعة أشهر أو لم يوجد، وهو كذلك.

(تنبيه) والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال بأيامها، فتجب عشرة أيام مع الليالي، والله أعلم.

قال: ولو طلقها أو مات عنها وهي حامل منه، لم تنقض عدتها إلا بوضع الحمل، أمة كانت أو حرة.

ش: لقول الله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وهذا إجماع والحمد لله في الطلاق، وفي كل فرقة في الحياة، وكالإجماع فيما بعد الموت.

(١) أخرجه البخاري حديث ٥٣٣٤، ومسلم ١٠/ ١١١.

٢٨١٤ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ـ في الحامل المتوفى عنها زوجها ـ إنها تعتد بأطول الأجلين[(١)].

٢٨١٥ ـ وهو إحدى الروايتين عن علي رضي الله عنه، ويحكى عن سحنون من المالكية، لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] وهذا عام في كل متوفى عنها، وللجماعة الآية السابقة، فإن العموم فيها أصرح، ثم يرشحه عمل العامة على وفقه.

٢٨١٦ ـ وعن ابن مسعود رضي الله عنه: من شاء لاعنته لأنزلت سورة النساء القصرى، بعد الأربعة أشهر وعشراً[(٢)]. رواه النسائي وأبو داود، وهذا لفظه، يريد بسورة النساء سورة الطلاق، وهذا يدل على أنها متأخرة عن الآية التي في سورة البقرة، فيقضي عليها بالنسخ أو بالتخصيص.

٢٨١٧ ـ والذي يقطع النزاع ويبين المراد بلا ريب، ما روي عن سبيعة الأسلمية رضي الله عنها، أنها كانت تحت سعد بن خولة، وهو من بني عامر بن لؤي، وهو ممن شهد بدراً، فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل، فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته، فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب، فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك ـ رجل من بني عبد الدار ـ فقال لها: مالي أراك متجملة، لعلك ترجين النكاح، إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشراً. قالت سبيعة: فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين أمسيت، فأتيت النبي ﷺ فسألته عن ذلك، فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي، وأمرني بالتزويج إن بدا لي. قال ابن شهاب: ولا أرى بأساً أن تتزوج حين وضعت وإن كانت في دمها غير أن لا يقربها زوجها حتى تطهر[(٣)]. متفق عليه.

٢٨١٨ ـ وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه لما بلغه هذا الحديث رجع إلى قول الجماعة، وهذا الذي يظن به.

وقول الخرقي: بوضع الحمل، أي كله، فلو كان ولدين أو أكثر فلا بد لانقضاء العدة من وضع الجميع، ولو كان واحداً فلا بد من انفصال جميعه.

(تنبيه) لم تنشب. أي لم تمكث، وتعلت من نفاسها. أي انقطع دمها وطهرت، قال المنذري: وأصله عندهم السواد، كأنه من العلو أي تتعلى عن حالتها من المرض والله أعلم.

قال: والحمل الذي تنقضي به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان، أمة كانت أو حرة.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٤٩٠٩، ومسلم ١٠/ ١١٠.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢٣٠٧، والنسائي ٦/ ١٩٧.

(٣) أخرجه البخاري حديث ٣٩٩١، ومسلم ١٠/ ١٠٩.

ش: كأن تضع ولداً. أو يداً أو رجلاً أو نحو ذلك، وقد حكي الإجماع على ذلك، إذ بذلك يعلم أنها حامل، فتدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وسواء كان ما تبين ظاهراً أو خفياً شهدت به القوابل.

ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا وضعت ما لا يتبين فيه شيء من خلق الإنسان أنها لا تنقضي عدتها به، وهو المشهور عن أحمد، ومختار أبي بكر، والقاضي والشريف وأبي الخطاب في خلافاتهم، وابن عقيل والشيرازي، وأبي محمد وغيرهم، لأنه قد حصل الشك في كونه ولداً، فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة به، حذاراً من دفع اليقين بأمر مشكوك فيه، (ونقل حنبل عن أحمد) أنها تصير بذلك أم ولد، فخرج القاضي وجماعة من ذلك انقضاء العدة به، لأن الظاهر أنه بدء خلق آدمي، أشبه ما لو تصور، وأبى ذلك أبو محمد، وقال: ليس هذا برواية في العدة، إذ أحمد لم يتعرض لها. انتهى، ويؤيد هذا أنه روي عن أحمد في رواية أخرى ما يدل على أنها تصير بذلك أم ولد، ولا تنقضي به العدة، والفرق الاحتياط في الصورتين، ففي الاستيلاد تغليباً للحرية، وفي العدة تغليباً للكمال، ومحل الخلاف فيما إذا ألقت مضغة، أما إن ألقت نطفة، أو دماً أو علقة، فإن العدة لا تنقضي به بحال عند الشيخين وغيرهما، والقاضي في تعليقه جعل الخلاف في العلقة والمضغة، ومحل الخلاف أيضاً إذا شهدت القوابل أن المضغة مبدأ خلق آدمي، قاله أبو محمد، فلو لم تشهد بذلك لم يحكم بانقضاء العدة بلا خلاف، ولم يشترط ذلك أبو البركات والله أعلم.

قال: ولو طلقها أو مات عنها، فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين، لحقه الولد وانقضت عدتها به.

ش: هذا يعتمد أصلاً، وهو أكثر مدة الحمل، والمذهب المشهور أن أقصاها أربع سنين، لأن هذا لا نص فيه، فيرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد ذلك.

٢٨١٩ ـ فروى الوليد بن مسلم قال: قلت لمالك بن أنس: حديث جميلة بنت سعد، عن عائشة رضي الله عنها: لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل. قال مالك: سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد[1].

٢٨٢٠ ـ وقال الشافعي: بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين.

٢٨٢١ ـ وقال أحمد: نساء بني عجلان يحملن أربع سنين، وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون، كل دفعة أربع سنين.

٢٨٢٢ ـ وحكى أبو الخطاب أن محمد بن عبد الله بن حسن بن الحسن بن علي بقي في بطن أمه أربع سنين، وهكذا إبراهيم بن نجيح العقيلي.

(١) أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٢٢.

٢٨٢٣ ـ ويؤيد ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضرب لامرأة المفقود أربع سنين. والظاهر أنه إنما فعل ذلك لأنه أقصى مدة الحمل.

٢٨٢٤ ـ وعن أحمد أن أقصاه سنتان، لأن عائشة رضي الله عنها قالت: لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل[1]. ولأن الاتفاق حصل على ذلك، بخلاف غيره، إذا تقرر هذا أتت المرأة بولد لأربع سنين فما دون، من يوم طلاقها أو موت زوجها، ولم تكن تزوجت ولا وطئت، ولا انقضت عدتها بالقروء، ولا بالأشهر على قول، ولا بوضع الحمل، فإن الولد لاحق للزوج، والعدة منقضية به.

ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا أتت بولد أكثر من ذلك لم يلحق بالزوج، ولا ريب في ذلك، ومفهومه أيضاً أن العدة لا تنقضي به منه، وهذا هو المذهب، بلا ريب، لأن الحمل منفي عنه يقيناً، فلم يعتد بوضعه منه، كما لو ظهر بعد موته (وعن أحمد) رحمه الله أن العدة تنقضي به، لأنها ذات حمل، فتدخل في: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وهكذا الخلاف في كل ولد لا يلحق الزوج، كامرأة الطفل المتوفى عنها، والمطلقة عقب العقد، ونحو ذلك (وعن أحمد) تنقضي به من غير الطفل، لأنه يلحقه بالتحاقه، بخلاف الطفل، وأظن هذا اختيار القاضي، وقد يقال: إن ظاهر إطلاق الخرقي أن من تقدم إذا أتت بولد لأربع سنين فما دون أنه يلحق الزوج، وإن كانت قد أقرت بانقضاء عدتها، لكن منصوص أحمد، وقول الأصحاب على خلاف هذا، فإنهم اتفقوا فيما علمت على أنها إذا أقرت بانقضاء عدتها بالأقراء، أن الولد لا يلحق به، وظاهر كلام أحمد وأبي بكر أن الحكم كذلك، وإن أقرت بانقضائها بالأشهر، وصرح بذلك أبو البركات، وابن حمدان، وظاهر كلام القاضي وعامة أصحابه إناطة ذلك بالأقراء، بخلاف الأشهر، وتبعهم أبو محمد على ذلك مصرحاً به والله أعلم.

قال: ولو طلقها أو مات عنها، فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها، فرق بينهما، وبنت على عدتها من الأول، ثم استقبلت العدة من الثاني.

ش: أما كونه يفرق بينهما والحال هذه، فلأنه نكاح باطل اتفاقاً، فوجب التفريق فيه، كما لو تزوجت وهي زوجة، وأما كونها تبني على عدتها من الأول فلسبق عدته، وكونها عن وطء في نكاح صحيح، وليس في كلام الخرقي بيان لمدة مقامها عند الثاني، هل تنقطع به العدة أم لا؟ وفي المسألة وجهان، والذي جزم به القاضي والشريف وأبو الخطاب في خلافاتهم، أن العدة لا تنقطع به، والذي جزم به أبو محمد في كتبه الانقطاع، وأما كونها تستقبل عدتها من الثاني، فلأنهما حقان مقصودان لآدميين، فلم يتداخلا، كالدينين واليمينين، والعمدة أن عمر وعلياً رضي الله عنهما

(١) أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٢١.

حكما بذلك كما سيأتي، ولا نعرف لهما مخالفاً.

قال: وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين.

ش: هذا هو المذهب المشهور، والمختار للأصحاب من الروايتين، لعموم: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء: ٥] وغير ذلك، ولأنه لو زنا بها لم تحرم عليه أبداً، فهذا أولى (والرواية الثانية) تحرم أبداً.

٢٨٢٥ ـ لما روى مالك[1] عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي، فطلقها ونكحت في عدتها، فضربها عمر رضي الله عنه، وضرب زوجها ضربات بمخفقة، وفرق بينهما، ثم قال: أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، وكان خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، فلا ينكحها أبداً، والمعنى في ذلك ـ والله أعلم ـ أن الله تعالى أوجب العدة لبراءة الرحم، حفظاً للأنساب، وشرع النكاح بعدها صيانة للفروج، فلما انتهك الحرمة، وأخل بالحكمة، واستعجل السبب الذي رتب عليه الشرع الإباحة في غير محله، اقتضت الحكمة أن يعامل بنقيض قصده المؤبد، كالقاتل لمورثه.

٢٨٢٦ ـ وقد اعترض على قول عمر رضي الله عنه بقول علي رضي الله عنه، فإنه روي عنه أنه قال: إذا انقضت العدة فهو خاطب من الخطاب.

٢٨٢٧ ـ وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه.

ومفهوم كلام الخرقي أنها لا تحل قبل انقضاء العدتين، وعلى هذا الأصحاب كافة، ما عدا أبا محمد، فإنه يميل إلى أن له أن ينكحها في عدتها منه، بعد فراغ عدة الأول، قال بعد أن حكى هذا عن الشافعي: وهذا حسن موافق للنظر، لأن العدة إنما شرعت حفظاً للنسب، وصيانة للماء، والنسب لاحق به ها هنا، فأشبه ما لو خالعها ثم نكحها في عدتها، والأصحاب اعتمدوا على قضاء عمر رضي الله عنه وقد تقدم.

٢٨٢٨ ـ وعن علي رضي الله عنه أنه قضى في المرأة تتزوج في عدتها، أنه يفرق بينهما، ولها الصداق بما استحل من فرجها، وتكمل ما أفسدت من عدة الأول، وتعتد من الآخر. ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة رضي الله عنهم، ولعموم: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥] الآية والضمير في قول الخرقي: وله أن ينكحها. أي الثاني، أما الأول فإن كان طلاقه ثلاثاً لم تحل له بهذا النكاح، لبطلانه وعدم مشروعيته، وإن كان دون الثلاث فله نكاحها بعد العدتين، وإن

---

(١) الموطأ ٢/٧٠.

كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه، قاله أبو محمد والله أعلم.

قال: فإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما، أري القافة وألحق بمن ألحقوه به منهما، وانقضت عدتها به منه، واعتدت للآخر.

ش: إذا حملت هذه المنكوحة في العدة فعدتها بوضع الحمل، كغيرها بلا ريب، ثم ينظر في الولد فإن أمكن كونه من الأول دون الثاني، كأن تأتي بالولد لدون ستة أشهر من وطء الثاني، ولأربع سنين فما دون من فراق الأول، فهو ملحق به، وتنقضي عدتها منه به، ثم تعتد للثاني، وإن أمكن كونه من الثاني وحده، كأن تأتي به لستة أشهر فأزيد إلى أربع سنين من وطء الثاني، ولأكثر من أربع سنين منذ بانت من الأول، فهو ملحق بالثاني، فتنقضي عدتها منه به، ثم تتم عدة الأول، وإنما قدمت عدة الثاني ـ والحال هذه ـ على عدة الأول، حذاراً من أن يكون الحمل من إنسان، والعدة من غيره، وإن أمكن كونه منهما، كأن تأتي به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثاني، ولأربع سنين فما دون من بينونتها من الأول، وهذه صورة الخرقي، فإنه يرى القافة، فإن ألحقته بأحدهما لحق به، وانقضت عدتها به منه، ثم اعتدت للآخر، وإن ألحقته بهما لحق بهما، وانقضت عدتها به منهما، ولو لم يمكن كونه من واحد منهما، بأن ولدته لدون ستة أشهر من وطء الثاني، ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول، فإنه لا يلحق بواحد منهما، ولا تنقضي عدتها منه، على المذهب كما تقدم، ولو أمكن كونه منهما، ولم توجد قافة أو أشكل أمره عليها، فإنها بعد وضعه تعتد بعدة أخرى، لأن الولد إن كان من الأول فعليها أن تعتد للثاني، وإن كان من الثاني فعليها أن تكمل عدة الأول، ولا يتيقن ذلك إلا بعدة كاملة، وهل يضيع نسب الولد والحال هذه، أو يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من شاء منهما؟ فيه خلاف مشهور والله أعلم.

قال: وأم الولد إذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة.

ش: لأنها قد زال الملك عنها، فلزمها الاستبراء بحيضة عند إرادة النكاح، كالأمة القن إذا زال الملك عنها وأريد وطؤها، ودليل الأصل قول النبي ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» ومقتضى كلام الخرقي أنه يكتفى في استبرائها بحيضة، وهو المشهور من الروايتين أو الروايات، والمختار للأصحاب، لأنه استبراء لزوال الملك عن الرقبة، فكان حيضة في حق من تحيض، كسائر استبراء المعتقات والمملوكات (والرواية الثانية) تعتد بعد موته بأربعة أشهر وعشر.

٢٨٢٩ ـ لما روي عن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: لا تلبسوا علينا سنة نبينا ﷺ، عدة المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر. يعني أم الولد[1]، رواه أبو داود وابن ماجه وقد ضعف، قال ابن المنذر: ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص،

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٣٠٨، وابن ماجه حديث ٢٠٨٣.

وقال الميموني: رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو هذا، ويقول: أين سنة النبي ﷺ في هذا؟ وقال: أربعة أشهر وعشراً إنما هي عدة الحرة من النكاح، وإنما هذه أمة خرجت من الرق إلى الحرية. وقال القاسم بن محمد: سبحان الله، الله يقول: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] ما هن بأزواج.

وقد أول بعضهم الحديث على أنه إنما جاء في أم الولد بعينها، كأن أعتقها صاحبها ثم تزوجها، وحكى أبو محمد عن أبي الخطاب أنه حكى رواية ثالثة أنها تعتد بشهرين وخمسة أيام، قال: ولم أجد هذه الرواية في الجامع، ولا أظنها صحيحة عن أحمد، قلت: ولم أرها أنا في الهداية، ووجهها أنها حين الموت أمة، فكانت عدتها عدة الأمة، وهذا كله ضعيف، إذ لا عدة هنا، إنما هو استبراء والله أعلم.

قال: وإن كانت مؤيسة فبثلاثة أشهر.

ش: هذا هو المشهور من الروايتين، ومختار الخرقي وأبي بكر، والقاضي وأبي محمد وغيرهم، لأن المقصود من الاستبراء العلم ببراءة الرحم، فلا يحصل إلا بذلك، قال أحمد بن القاسم: قلت لأبي عبد الله: كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة، وإنما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهراً؟ فقال: إنما قلنا ثلاثة أشهر لأجل الحمل، فإنه لا يتبين في أقل من ذلك.

٢٨٣٠ ـ وقد سأل عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه عن ذلك، وجمع أهل العلم والقوابل، فأخبروا أن الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر، فأعجبه ذلك.

٢٨٣١ ـ ثم قال: ألا تسمع قول ابن مسعود رضي الله عنه: «إن النطفة أربعين يوماً، ثم علقة أربعين يوماً، ثم مضغة بعد ذلك» قال أبو عبد الله: فإذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة، وهي لحم، فيتبين حينئذ (والرواية الثانية) أنها تستبرأ بشهر، لأن الله جعل ثلاثة أشهر مكان ثلاث حيض، فكل شهر مكان حيضة، وهذه استبراؤها بحيضة، فمكانها شهر (وعنه) ثالثة تستبرأ بشهرين (وعنه) رابعة بشهر ونصف، كما لو كانت مطلقة، وهذا الحكم لا يختص بأم الولد، بل يجري في كل مستبرأة آيسة والله أعلم.

قال: وإن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت تسعة أشهر للحمل، وشهراً مكان الحيضة.

ش: إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فإنها تقعد تسعة أشهر للحمل، بلا ريب، ثم تقعد شهراً للاستبراء عوض الحيضة، قاله الخرقي، وتبعه أبو محمد، مع قولهما إن الآيسة استبراؤها بثلاثة أشهر، وذلك لأن الاستبراء في الآيسة إنما كان بثلاثة أشهر لتعلم البراءة، فجعل الشهر مكان الحيضة، على وفق القياس، وحكى أبو البركات وغيره فيها رواية أخرى أنها تستبرأ بثلاثة أشهر كالآيسة.

(تنبيه) وإن علمت ما رفع الحيض لم تزل في الاستبراء حتى يعود الحيض فتستبرأ به، أو تصير آيسة فتستبرأ باستبراء الآيسات والله أعلم.

قال: وإن كانت حاملاً فحتى تضع.

ش: هذا إجماع والحمد لله، وقد شهد له قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] وقول النبي ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع» الحديث. والله أعلم.

قال: وإن أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة.

ش: لا يختلف المذهب أن الاستبراء هنا بحيضة، وذلك لأنها موطوءة وطئاً له حرمة، فلم يجز أن تتزوج قبل الاستبراء، كالموطوءة بشبهة، والمعنى فيه الخوف من اختلاط المياه، وامتزاج الأنساب المطلوب عدمه شرعاً.

ومفهوم كلام الخرقي أنها إذا لم يكن سيدها يطأها لا يلزمها استبراء، وهو كذلك، للأمن من اختلاط المياه وامتزاج الأنساب، ولو لم تكن من ذوات القروء فاستبراؤها بما تقدم في أم الولد، وقول الخرقي: حيضة كاملة. يحترز عن قول من يقول إنها إذا طعنت في الحيضة فقد تم استبراؤها، والحديث نص في رد ذلك والله أعلم.

قال: وكذلك إن أراد أن يزوجها وهي في ملكه استبرأها بحيضة ثم زوجها.

ش: لما تقدم من الخوف من اختلاط المياه، وامتزاج النسب.

(تنبيه) فإن لم تكن من ذوات القروء فاستبراؤها بما تقدم في أم الولد والله أعلم.

قال: وإذا ملك أمة لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بحيضة ـ بعد تمام ملكه لها ـ إن كانت ممن تحيض، أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً، أو بمضي ثلاثة أشهر إن كانت من اللائي يئسن من المحيض، أو من اللائي لم يحضن.

ش: إذا ملك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها.

٢٨٣٢ ـ لما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه النبي ﷺ قال في سبي أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير حامل حتى تحيض حيضة»(١) رواه أحمد وأبو داود.

٢٨٣٣ ـ وعن رويفع بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه ولد غيره» رواه أحمد والترمذي، وأبو داود وزاد: «ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها»(٢)

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٥٣٠، ٢٨٠٠.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢١٥٨، والترمذي ١١٣٩، وأحمد ٤/١٠٨.

والاستبراء بحيضة إن كانت ممن تحيض، أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً للحديث، أو بثلاثة أشهر على المشهور من الروايات، ومختار الخرقي، وقد تقدم ذلك، ولا تحل له أيضاً قبلتها بلا خلاف أعلمه في المذهب في الجملة، حذاراً من أن تكون حاملاً من المنتقلة عنه، فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره، ولأنه استبراء حرم الوطء، فحرم القبلة كالعدة.

وقول الخرقي: إذا ملك. يشمل كل ملك، فيدخل فيه المملوكة بسبي، فلا يصيبها قبل استبرائها بلا ريب، وكذا لا يستمتع بها، وهو إحدى الروايتين، وزعم أبو محمد أنه الظاهر عن الإمام، لأنه استبراء حرم الوطء، فحرم دواعيه كالعدة (والثانية) له الاستمتاع بها دون الفرج، لأن المنع في غيرها للحذر من أن تكون أم ولد للغير، فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره، وبها جزام ابن البنا والشيرازي، وملخصه أن من نظر إلى هذا المعنى أباح، ومن قاس على العدة منع.

٢٨٣٤ ـ وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: وقع في سهمي يوم جلولاء جارية كأن عنقها إبريق فضة، فما ملكت نفسي أن قمت إليها فقبلتها والناس ينظرون (ويدخل فيه) أيضاً إذا ملك أمة من مكاتبه، وهو المذهب، وبه جزم أبو محمد، وفيه وجيه أنه لا استبراء، اكتفاء باستبراء المكاتب، (ويدخل) أيضاً إذا اشترى أمة مزوجة فطلقت، فإن الاستبراء يجب بعد العدة، وقيل: لا يجب بل تدخل فيها إذا أوجب الطلاق عدة، أما إن لم يوجب عدة ـ كالمطلقة قبل الدخول ـ فإن الاستبراء يجب قولاً واحداً، (ومما يدخل فيه) أيضاً إذا باع أمة ثم عادت إليه بإقالة أو فسخ، حيث قيل بانتقال الملك، وهذا إحدى الروايتين، واختيار الشريف وأبي الخطاب، والشيرازي وغيرهم (والرواية الثانية) لا يجب الاستبراء، ومحل الخلاف إذا كان العود قبل القبض، أما إن كان بعد القبض والافتراق فإن الاستبراء يجب بلا خلاف، هذا إذا كان المشتري رجلاً، وكذلك إن كان امرأة عند أبي محمد، وعند أبي البركات إن كانت امرأة جرى فيه الخلاف مطلقاً.

ومفهوم كلامه أنه لا يجب الاستبراء بغير الملك، وقد قال أحمد في الإقالة توجب الاستبراء، قال: لأني اعتبر الملك. فأناط الحكم بالملك، فعلى هذا لو عجزت مكاتبته، أو فك أمته من الرهن ونحو ذلك، فلا استبراء عليه لذلك، نعم يستثنى من ذلك إذا أسلمت أمته المجوسية أو المرتدة، فإنه يجب عليه استبراؤها على وجه، والمذهب أنه لا يجب لذلك، وبه قطع أبو محمد، (وقوله): أمة. يشمل كل أمة وإن كانت بكراً أو لا تحمل، أو انتقلت من صغير أو امرأة، وهوكذلك، لعموم الحديث، ويستثنى من ذلك إذا كانت صغيرة لا يوطأ مثلها، فإنه لا يجب استبراؤها على إحدى الروايتين، لأن الاستبراء يراد لمعرفة براءة الرحم، ورحم هذه وقع حمل الآيسة، لأن الإياس قد يخفى، ثم وقد وقع حمل الآيسة، كما وقع لامرأة سيدنا إبراهيم، وهذه

الرواية اختيار ابن أبي موسى وأبي محمد، ولا عبرة بقول ابن المنجا أن ظاهر كلامه في المغني ترجيح الوجوب، فإنه صرح بتصحيح عدم الوجود، بل لم يستدل على الوجوب بشيء. (والثانية) وهي ظاهر كلام الخرقي، وابن البنا والشيرازي وغيرهم: يجب، لعموم الحديث.

وقوله: ولم يقبلها. وفي معنى القبلة الاستمتاع فيما دون الفرج ونحو ذلك، (وقوله): بعد تمام ملكه لها. يحترز عما إذا ملك بعضها، فإن الاستبراء لا يحتسب به إلا من حين ملك جميعها، وأما إذا اشتريت بشرط الخيار، وقلنا الملك ينتقل، فإن الاستبراء لا يحتسب به إلا من حين انتهاء الخيار، لعدم تمام الملك قبله، وهو أحد الوجهين، والوجه الثاني ـ وبه جزم أبو محمد ـ يحتسب به من حين انتقال الملك، إناطة به، وإن لم يتم، وقد دخل في كلام الخرقي إذا وجد الاستبراء في يد البائع قبل القبض، وقد تم الملك، فإنه يجزئ، وهو إحدى الروايتين، واختيار القاضي وجماعة من أصحابه (والثانية) لا يجزئ إلا بعد القبض، وعلى هذه فهل يكفي قبض الوكيل؟ فيه وجهان، أصحهما الإجزاء، لأن يده كيد الموكل والله أعلم.

قال: وتجتنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب والزينة، والبيتوتة في غير منزلها، والكحل بالإثمد، والنقاب، فإن احتاجت سدلت على وجهها، كما تفعل المحرمة حتى تنقضي عدتها.

ش: قد تقدم أن عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة، وشهران وخمسة أيام إن كانت أمة، (فتجتنب) في مدة ذلك الطيب.

٢٨٣٥ ـ لما روي عن أم عطية رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «لا تحد المرأة فوق ثلاث إلا على زوج، فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشراً، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب، ولا تكتحل، ولا تمس طيباً، إلا أدنى طهرها فإذا طهرت من محيضها بنبذة من قسط وأظفار»[١] متفق عليه.

٢٨٣٦ ـ وعن زينب بنت أبي سلمة أنها دخلت على أم حبيبة حين توفي أبوها أبو سفيان، فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره، فدهنت منه جارية، ثم مست بعارضيها، ثم قالت: والله مالي بالطيب من حاجة، غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[٢] متفق عليه وفي معنى الطيب الإدهان بالأدهان المطيبة، كدهن الورد ونحوه، لا غير المطيبة كالزيت ونحوه، (وتجتنب) أيضاً الزينة، لما تقدم من حديث أم عطية، «ولا تلبس ثوباً مصبوغاً» الحديث.

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٣١٣، ١٢٧٨، ٥٣٤١، ومسلم ١٠/١١٧، وأحمد ٦/٤٠٨.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٥٣٣٤، ومسلم ١٠/١١١.

٢٨٣٧ ـ وعن أم سلمة زوج النبي ﷺ ورضي عنها، عن النبي ﷺ أنه قال: «المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب، ولا الممشقة، ولا الحلي، ولا تختضب، ولا تكتحل»(١) رواه أبو داود والنسائي.

٢٨٣٨ ـ وعن أم حكيم بنت أسيد، عن أمها أن زوجها توفي عنها وكانت تشتكي عينها فتكتحل بالجلا، فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلا فقالت: لا تكتحلي به إلا من أمر لا بد منه، يشتد عليك، فتكتحلين بالليل وتمسحينه بالنهار، ثم قالت عند ذلك أم سلمة: دخل علي رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة، وقد جعلت علي صبراً، فقال: ما هذا يا أم سلمة؟ فقلت: إنما هو صبر يا رسول الله ليس فيه طيب. قال: «إنه يشب الوجه، فلا تجعليه إلا بالليل، وتنزعيه بالنهار، ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحنا، فإنه خضاب» قالت: قلت بأي شيء، أمتشط يا رسول الله؟ قال: «بالسدر تغلفين به رأسك»(٢) رواه أبو داود والنسائي. (والزينة تشمل) زينة البدن، كالاختضاب وتحمير الوجه، وجعل الصبر عليه وتحفيفه، ونحو ذلك، لما تقدم في الأحاديث، وما لم يذكر فيها فبالقياس على ما ذكر، ولا تمنع مما يراد للتنظيف كالامتشاط بالسدر، لحديث أم سلمة رضي الله عنها، وكتقليم الظفر، وحلق الشعر المندوب إلى حلقه، ونحو ذلك، (وتشمل) زينة الثياب، فيحرم عليها المصبوغ من الثياب للتحسين، كالمعصفر والمزعفر، والأزرق الصافي والأخضر الصافي، ونحو ذلك، لما تقدم من حديث أم سلمة وأم عطية رضي الله عنهما، ولا تمنع من مصبوغ لم يقصد بصبغه حسنه، كالكحلي والأخضر المشبع ونحو ذلك، نظراً للمعنى، وتخصيصها به، ولا من غير مصبوغ وإن كان حسناً، لعدم دخوله في الحديث، ولأن حسنه من أصل خلقته، أشبه إذا كانت المرأة حسناء، فإنه لا يلزمها أن تشوه نفسها، وفي منعها مما صبغ غزله ثم نسج وجهان، بناء على تفسير ثوب العصب المستثنى في الحديث ما هو، وسيأتي إن شاء الله تعالى، (وتشمل) الزينة أيضاً الزينة بالحلي، كالخلخال والسوار، حتى الخاتم، لعموم حديث أم سلمة رضي الله عنها «ولا الحلي» انتهى، (وتجتنب) أيضاً الكحل بالإثمد، وهو نوع من الزينة، وقد تقدم المنع في الأحاديث منه، ولا فرق بين السوداء وغيرها، نظراً للعموم، نعم إن اضطرت إلى التداوي بذلك جاز ليلاً، وتمسحه نهاراً، لما تقدم عن أم سلمة رضي الله عنها، ولا تمنع من الكحل بالتوتيا أو العنزروت ونحوهما، لعدم الزينة، والمنع ملحوظ فيه الزينة، (وتجتنب) أيضاً النقاب، وكأنه لا نص في ذلك عن أحمد، لأن كثيراً من الأصحاب عزا ذلك إلى الخرقي، وذلك لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة، والمحرمة تمنع من ذلك، وعلى هذا تمنع مما في معنى ذلك كالبرقع، ولو احتاجت إلى ما يستر

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٣٠٤، والنسائي ٦/ ٢٠٣.

(٢) أخرجه أبو داود حديث ٢٣٠٥، والنسائي ٦/ ٢٠٤.

وجهها سدلت عليه، كما تفعل المحرمة، (وتجتنب) أيضاً المبيت في غير منزلها.

٢٧٣٩ ـ لما روي عن الفريعة بنت مالك بن سنان ـ، وهي أخت أبي سعيد الخدري ـ أنها جاءت إلى رسول الله ﷺ تسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة، فإن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا، حتى إذا كانوا بطرف القدوم، لحقهم فقتلوه، فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلي، فإني لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة، قالت: فقال رسول الله ﷺ: «نعم» قالت: فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني، أو أمرني فدعيت له فقال: «ما قلت»؟ فرددت عليه القصة التي ذكرت من شأن زوجي، قالت: فقال: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله» قالت: فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً؛ قالت: فلما أن كان عثمان بن عفان رضي الله عنه أرسل إلي فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به[1]، رواه الخمسة وصححه الترمذي، وتجب العدة في المنزل الذي مات الزوج وهي ساكنة فيه، سواء كان مملوكاً لزوجها أو لم يكن، كحال فريعة، إلا أن تدعو ضرورة إلى خروجها منه، بأن يحولها مالكه، أو تخشى على نفسها هدماً أو غرقاً أو عدواً ونحو ذلك، فلها أن تنتقل، لكن هل تنتقل إلى أقرب الأماكن إلى المسكن، وبه جزم أبو الخطاب في الهداية، وأبو البركات، أو حيث شاءت، وهو مختار أبي محمد، وحكاه عن القاضي، فيه وجهان، وقد ذكر أبو محمد من صور الأعذار المبيحة للانتقال إذا لم تجد أجرة المنزل إلا من مالها، فإن لها الانتقال، وذكر هو وغيره أنه لا يجب للمتوفى عنها سكنى إن كانت حائلاً بلا نزاع، وفيما إذا كانت حاملاً روايتان، وحاصل قوله ـ وقد صرح به ـ أن الواجب عليها فعل السكنى، لا تحصيل المسكن، وهو مقتضى قول القاضي في تعليقه، فإنه قال: إذا بذل لها المنزل فإنه يلزمها أن تعتد فيه، ولا يحل لها البيتوتة في غيره، نص عليه في رواية حنبل، وفرق بينها وبين المبتوتة في غيره، وفي ما قالاه نظر، فإنه يفضي إلى أسقاط العدة في المنزل رأساً، فإن الورثة إذا لم يبذلوا السكن والمرأة إذا لم تبذل الأجرة سقط الاعتداد في المنزل، وظاهر الحديث يخالفه، فإن النبي ﷺ قال لها: «امكثي في بيتك» مع قولها: إنه لم يتركها في مسكن يملكه ولا نفقة، ولو كان لأمرها بالمكث في بيتها شرط، وهو بذل الورثة الأجرة، لبينه، ثم إن عامة الأصحاب يقولون: لا تخرج عن منزلها إلا لضرورة ووزن الأجرة ليس بضرورة عليها، ولفظ أحمد في رواية حنبل: لا تبيت المطلقة والمتوفى عنها إلا في منزلهما يذهبان بالنهار، فإذا كان الليل أتيا المنزل الذي أدركهما فيه الوفاة، والطلاق أسهل، وهذا النص أيضاً على وفق الحديث، والذي يظهر لي أنها يجب عليها بذل الأجرة من مالها إن قدرت على ذلك، وإلا فلا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٣٠٠، والنسائي ٦/ ١٩٩، وابن ماجه حديث ٢٠٣١، وأحمد ٦/ ٣٧٠، ٤٢٠.

وظاهر كلام الخرقي أنها لا تجتنب الخروج نهاراً، وهو كذلك، نص عليه أحمد كما تقدم والأصحاب، دفعا للحرج والمشقة، إذ الحاجة قد تدعو إلى ذلك.

٢٨٤٠ ـ وقد روى جابر رضي الله عنه قال: طُلقَت خالتي ثلاثاً، فخرجت تجذ نخلها، فلقيها رجل فنهاها، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: «اخرجي فجذي نخلك، لعلك أن تصدقي منه أو تفعلي خيراً»[١] رواه النسائي وأبو داود، لكن اشترط كثير من الأصحاب لخروجها في النهار الحاجة، وأحمد وجماعة لم يشترطوا ذلك، فلا حاجة في التحقيق إلى اشتراطه، لأن المرأة وإن لم يكن متوفى عنها تمنع من خروجها من بيتها لغير حاجة مطلقاً، وقوله: وتجتنب الزوجة. يخرج منه غير الزوجة كأم الولد ونحوها، فإنه لا إحداد عليها، ويدخل فيه كل زوجة، وإن كانت ذمية أو غير مكلفة، وهو كذلك، والمخاطب بتحصيل الإحداد على غير المكلف هو الولي.

(تنبيه) الإحداد المنع، فالمرأة تمنع نفسها مما كانت تتهيأ به لزوجها، من تطيب وتزين، فقول النبي ﷺ: «لا تحد المرأة» وقوله بعد: «ولا تلبس ثوباً مصبوغاً» إلى آخره، عطف تفسيري للإحداد، يقال: أحدت المرأة إحداداً فهي محد، وحدت تحد وتحد، بالضم والكسر، فهي حاد، وسمي الحديد حديداً لامتناعه به، أو لامتناعه على من يحاوله، و «العصب» برود يمنية يعصب غزلها، أي يجمع ويشد، ثم يصبغ بعد ذلك وتنسج، فيأتي مَوْشِياً لبقاً، ما عصب منه أبيض، لم يأخذ الصبغ، هذا تفسير المنذري، والقاضي من أصحابنا وغيرهما، ولهذا أباح القاضي ما صبغ غزله ثم نسج للتحسين، نظراً للمعنى، (والنبذة) القطعة من الشيء (والقسط) العود الذي يتبخر به، وقيل هو طيب غيره، ويقال بالقاف والكاف (والأظفار) جنس من الطيب، لا واحد له من لفظه، وقيل واحده ظفر، وروي: «قسط وأظفار» على العطف، وروي: أو أظفار، على الإباحة والتسوية، ورخص في ذلك لأجل قطع الرائحة الكريهة، لا على معنى التطيب (والممشقة) من الثياب المصبوغة بالمشق، بكسر الميم وفتحها، وهو المغرة بفتح الميم (وكحل الجلا) هو الإثمد، وحكى فيه كسر الجيم وفتحها، والمد والقصر (والصبر) معروف الدواء المر (ويشب الوجه) أي يوقد اللون ويحسنه، من قولهم شببت النار؛ إذ أوقدتها «وتغلفين» أي تلطخين، و«خدرة» بضم الخاء المعجمة وسكون الدال المهملة، بطن من الأنصار، «والقدوم» بفتح القاف وضم الدال المهملة موضع على ستة أميال من المدينة، ويشدد ويخفف.

قال: والمطلقة ثلاثاً تتوقى الطيب والزينة والكحل بالإثمد.

ش: هذا إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار الخرقي والقاضي، وعامة أصحابه، لأنها معتدة، بائن من نكاح، فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها، ولأن العدة تحرم النكاح،

---

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٩٧، والنسائي ٦/ ٢٠٩.

فحرمت دواعيه، كالإحرام والصيام (والثانية) وهي اختيار أبي بكر في الخلاف وابن شهاب: لا يحرم عليها شيء من ذلك، لعموم الحديث، فإنه دل على أن كل امرأة لا تحد إلا امرأة توفي عنها زوجها.

وقول الخرقي: المطلقة ثلاثاً: تخرج منه الرجعية، لأنها زوجة، ويلحق بالمطلقة ثلاثاً كل بائن، وظاهر كلام الخرقي أنها لا تجتنب النقاب، وصرح بذلك أبو محمد في الكتاب الكبير؛ وظاهر كلامه في كتابه الصغير، وكذلك أبو البركات منعها من ذلك، وظاهر كلام الخرقي أيضاً أنه لا يجب عليها البيتوتة في منزل الطلاق، وهوأشهر الروايتين، والمجزوم به عند كثير من الأصحاب، القاضي وأبي محمد وغيرهما.

٢٨٤١ ـ لأن النبي ﷺ أمر فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم. وحكي عنه أنها كالمتوفى عنها، وعلى الأول هل لها البيتوتة عن المنزل الذي تكون فيه، والسفر عن البلد؟ فيه روايتان، أنصهما: نعم، وهذا كله إذا لم يمنعها المطلق من ذلك، فأما إن أراد إسكانها في موضع يصلح لها، ولا محذور فيه، تحصيناً لفراشه، لزمها ذلك.

قال: وإذا خرجت للحج فتوفي زوجها وهي بالقرب، رجعت لتقضي العدة، وإن كانت قد تباعدت مضت في سفرها.

ش: إذا سافرت المرأة إلى الحج، ثم توفي عنها زوجها، فلا يخلو إما أن تكون قريبة أو بعيدة، فإن كانت قريبة لزمها العود، لتأتي بالعدة في المنزل الذي وجبت فيه، لأن القريبة في حكم المقيمة.

٢٨٤٢ ـ وقد روى سعيد بن منصور: ثنا جرير، عن منصور، عن سعيد بن المسيب قال: توفي أزواج نساء وهن حاجات أو معتمرات، فردهن عمر رضي الله عنه من ذي الحليفة، حتى يعتددن. وكلام الخرقي يشمل ما إذا أمكنها مع الرجوع الإتيان بالحج، وما إذا لم يمكن، ولا نزاع في ذلك مع الإمكان، اللهم إلا إذا لحقها في الرجوع ضرر، فإنها تمضي، كما لو تباعدت، وإن لم يمكن فهل (تقدم العدة) وهو ظاهر كلام أحمد في رواية حرب ويعقوب بن بختان، لعموم قول النبي ﷺ لفريعة: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله» وهذه في حكم المقيمة في البيت، (أو الحج) إن كانت قد أحرمت به قبل العدة، وهو اختيار القاضي، لمزيته بالسبق، ولعموم: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]؟ على روايتين، فعلى الأول تتحلل لفوات الحج بعمرة كالمحصرة، وإن كانت بعيدة مضت في سفرها، لأنها تحتاج إلى سفر في رجوعها، فأشبهت من بلغت مقصدها.

وظاهر كلام الخرقي أن مضيها على سبيل الوجوب، وجعله أبو محمد على سبيل الجواز إن وصلت إلى منزلها قبل انقضاء عدتها، وفصل أبو البركات فقال: إن أمكنها

الرجوع لقضاء العدة، ثم الإتيان بالحج خيرت، وإن لم يمكنها قدمت الحج، فخصص إطلاق الخرقي.

(تنبيه) حد القريب ما لا تقصر فيه الصلاة، والبعيد عكسه قاله القاضي.

قال: فإن رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها أتت به في منزلها.

ش: يعني إذا مضت في الحج ثم رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها، فإنها تأتي به في منزلها، لقول النبي ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم».

قال: ولو توفي عنها زوجها أو طلقها وهو ناء عنها، فعدتها من يوم مات أو طلق، إذا صح ذلك عندها، وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة.

ش: هذا هو المذهب المشهور، والمختار للأصحاب من الروايتين، نظراً إلى أن العدة سببها ذلك، والمسبب يتعقب السبب، ولأن غاية ما فات القصد، وهو غير معتبر في العدة، بدليل الصغيرة والمجنونة تنقضي عدتها من غير قصد، ولأنها لو وضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لانقضت عدتها، فكذلك سائر أنواع العدة (والرواية الثانية) إن ثبت ذلك ببينة فكذلك لتحقق السبب، وإلا فعدتها من يوم بلغها الخبر، لعدم تعلق الحكم بها قبل ذلك، وقوله: إذا صح ذلك عندها. لأنه إذا لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة. لأن العدة مرور زمن، وقد وجد، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الرضاع

ش: الرضاع مص الثدي، بفتح الراء وكسرها، مصدر رضع الصبي الثدي، بكسر الضاد وفتحها، يرضع ويرضع بالفتح مع الكسر، والكسر مع الفتح، والرضاع محرم بالإجماع، وسنده قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] وقول النبي ﷺ: «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة»[١] وقد تقدم ذلك.

قال: والرضاع الذي لا يشك في تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعداً.

ش: اختلفت الرواية عن إمامنا أحمد في القدر الذي يتعلق به التحريم من الرضاع، فروي عنه أنه لا حد لذلك، بل قليل الرضاع وكثيره سواء، اعتماداً على إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ وقول النبي ﷺ: «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة» «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

٢٨٤٣ ـ وعن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما. فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني، قال فتنحيت فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما»[٢] متفق عليه، وبهذا استدل أحمد (وروي عنه) أن التحريم لا يثبت إلا بثلاث رضعات.

٢٨٤٤ ـ اعتماداً على ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «لا تحرم المصة والمصتان»[٣] رواه مسلم وغيره.

٢٨٤٥ ـ وعن أم الفضل رضي الله عنها أن رجلاً سأل النبي ﷺ أتحرم المصة؟ فقال: «لا تحرم الرضعة والرضعتان، والمصة والمصتان» وفي لفظ: «لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان»[٤] رواهما مسلم.

٢٨٤٦ ـ وعن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا تحرم من الرضاعة المصة والمصتان»[٥] رواه أحمد والنسائي والترمذي، ومفهوم ذلك أن

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٤٩٩.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٨٨، ٢٦٦٠، ٥١٠٤، وأبو داود حديث ٣٦٠٣، وأحمد ٤/٧.

(٣) أخرجه مسلم ١٠/٢٧، وأبو داود حديث ٢٠٦٣، والنسائي ٦/١٠١، وابن ماجه حديث ١٩٤١، وأحمد ٦/٢١، ٩٥، ٢١٦.

(٤) أخرجه مسلم ١٠/٢٨، والنسائي ٦/١٠٠، وابن ماجه حديث ١٩٤٠، وأحمد ٦/٣٣٩.

(٥) أخرجه النسائي ٦/١٠١، وأحمد ٤/٤، ٥.

الثلاث تحرم، ثم إطلاق ما تقدم يقتضي التحريم مطلقاً، خرج منه الرضعة والرضعتان بالنص، فما عداهما يبقى على مقتضى الإطلاق (وروي عنه) ـ وهن مختار أصحابه متقدميهم ومتأخريهم ـ أن التحريم لا يثبت إلا بخمس رضعات.

٢٨٤٧ ـ لما روت عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان فيما أنزل من القرآن (عشر رضعات معلومات يحرمن) ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن(١). رواه مسلم وأبو داود والنسائي.

٢٨٤٨ ـ وفي لفظ: قالت: أنزل في القرآن (عشر رضعات معلومات) فنسخ من ذلك خمس، وصارت إلى خمس رضعات معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ والأمر على ذلك، رواه الترمذي.

٢٨٤٩ ـ وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ أمر امرأة أبي حذيفة فأرضعت سالماً خمس رضعات، فكان يدخل عليها بتلك الرضاعة، رواه أحمد(٢) ولو تعلق التحريم بدون الخمس لم يكن لذكر الخمس معنى، ولكان النبي ﷺ أمر امرأة أبي حذيفة أن ترضع سالماً ثلاثاً، وهذا يقضي على إطلاق ما تقدم، وكذا على مفهومه، إذ غايته عموم، فعلى الأولى لا كلام، وعلى الثانية والثالثة متى امتص من الثدي ثم تركه فذلك رضعة بكل حال، وعن ابن حامد إذا ترك بغير اختياره ثم عاد عن قرب فهما رضعة.

قال: والسعوط كالرضاع.

ش: أصل السعوط صب الدواء في الأنف، والمراد هنا صب اللبن، ومختار الخرقي والقاضي وأصحابه، وأبي محمد وغيرهم ثبوت التحريم به، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، لحصول المعنى الحاصل بالرضاع منه، وهو إنشاز العظم وإنبات اللحم.

٢٨٥٠ ـ ويدل على التكليف على هذا المعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه: لا رضاع إلا ما شد العظم، وأنبت اللحم وفي رواية: وأنشز العظم. رواه أبو داود(٣) (والرواية الثانية) لا يثبت التحريم به، اختارها أبو بكر، نظراً إلى أن هذا ليس برضاع، والتحريم إنما حصل بالرضاع.

قال: وكذلك الوجور.

ش: أصل الوجور وضع الدواء في الفم، وقال الجوهري: في وسط الفم؛ والمراد هنا صب اللبن في الفم من غير الثدي، والكلام فيه كالكلام في السعوط نقلاً

(١) أخرجه مسلم ١٠/٢٩، وأبو داود حديث ٢٠٦٢، والنسائي ٦/ ١٠٠.
(٢) المسند ٦/ ٢٧٠.
(٣) سنن أبي داود حديث ٢٠٥٩.

ودليلاً، والنص عن أحمد ورد فيه، وقوله: كالرضاع. في أنه يعطى حكمه، ومن ذلك أنه لا يحرم إلا خمس رضعات، فكذلك هنا لا يحرم إلا خمس مصات.

قال: واللبن المشوب كالمحض.

ش: المشوب هو المخلوط بغيره، عكس المحض وهوالخالص، ومختار الخرقي، والقاضي والشريف، والشيرازي والشيخين ثبوت التحريم به لحصول إنبات اللحم، وإنشاز العظم منه، وقال ابن حامد ـ واختاره أبو الخطاب في خلافه الصغير ـ الحكم لأغلبهما، إذ غير الغالب في حكم العدم، وهذان القولان بناء على القول بالتحريم بالوجور، كذلك صرح به القاضي في تعليقه، وأبو البركات، ومن ثم قال أبو بكر: قياس قول أحمد أنه لا يحرم، لأنه وجور، ثم أبو محمد يقول: الخلاف فيما إذا كانت صفات اللبن باقية، أما إن ذهبت كأن كان يصب في ما لم يتغير به فلا تحريم، لانتفاء الرضاع ومعناه، وهو إنشاز العظم وإنبات اللحم به، وعن القاضي وهو ظاهر كلامه في التعليق جريان الخلاف فيه، إناطة بحصول اللبن في البطن.

قال: ويحرم لبن الميتة، كما يحرم لبن الحي.

ش: هذا منصوص أحمد في رواية إبراهيم الحربي، واختيار أبي بكر، والقاضي وأصحابه، لحصول الرضاع على وجه يحصل به الإنبات والإنشاز.

٢٨٥١ ـ وقد قال أحمد: إن عمر رضي الله عنه قال: إن اللبن لا يموت، واختار الخلال أن التحريم لا يحصل به، وسئل أحمد في رواية مهنا عن صبي رضع من ثدي امرأة ميتة، هل يكون رضاعاً؟ فتوقف وقال: إلا أن عمر قال: إن اللبن لا يموت. وهذا يدل على أن المرجح عنده مع توقفه ثبوت التحريم به، وكأن الخلال رحمه الله نظر إلى أن هذه ليست بمحل الولادة، فأشبهت الرجل.

قال: وإذا حبلت ممن يلحق نسب ولدها به فثاب لها لبن، فأرضعت به طفلاً خمس رضعات متفرقات في حولين، حرمت عليه وبناتها من أبي هذا الحمل ومن غيره، وبنات أبي هذا الحمل منها ومن غيرها، فإن أرضعت صبية فقد صارت ابنة لها ولزوجها، لأن اللبن من الحمل الذي هو منه.

ش: أما تحريم المرضعة المذكورة على الطفل فبنص الكتاب، قال سبحانه: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ وأما تحريم بناتها على الطفل من أبي الحمل ومن غيره، فلأنهن أخواته، وقد قال سبحانه: ﴿وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ وأما تحريم بنات بي هذا الحمل من المرضعة ومن غيرها عليه، فبناء على أن الحرمة تنتشر من قبل الرجل، كما تنتشر من قبل المرأة، وقد تقدمت هذه المسألة في قوله: ولبن الفحل محرم. وأما صيرورة الصبية المرضعة منها بنتاً لها فإجماع.

٢٨٥٢ ـ وقد دل عليه قول النبي ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من

النسب»[١] وأما صيرورة المرضعة بنتاً لزوج المرضعة، فلما علل به الخرقي، من أن اللبن من الحمل الذي هو منه، وهو يلتفت إلى ما تقدم من لبن الفحل محرم، وقول الخرقي: وإذا حبلت. يحترز مما إذا ثاب اللبن من غير حمل، فإنه لا ينشر الحرمة، وهو المنصوص والمختار للقاضي وعامة أصحابه من الروايتين، لأنه لبن لم تجر العادة به لتغذية الطفل، أشبه لبن الرجل، وحكي عن أحمد رواية أخرى أنه ينشر الحرمة، وصححها أبو محمد في الكتاب الكبير، ولم يثبتها في الصغير، بل قال: الظاهر أنها قول ابن حامد. وهي مشعرة بظاهر إطلاق ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ وقول الخرقي: ممن يلحق نسب ولدها به. يحترز به عمن لم يلحقه النسب، كالزاني والملاعن، فإن الحرمة لا تنتشر إليهما، وهو قول ابن حامد، إذ التحريم فرع لحرمة الأبوة، وحرمة الأبوة لم تثبت، فكذلك ما هو فرع لها، واختار أبو بكر أن الحرمة تنتشر إليهم، إذ هو رضاع نشر الحرمة إلى المرضعة، فنشرها إلى الواطئ لضرورة الاتفاق، وفي المذهب (قول ثالث) تنتشر الحرمة إلى الزاني، لأنه ولده ظاهراً، دون الملاعن، لانتفائه عنه ظاهراً وحكماً، وقوله: فثاب لها لبن. أي اجتمع.

وقوله: فأرضعت به طفلاً خمس رضعات، بناء على مختاره من أن التحريم إنما يتعلق بالخمس، وقوله: متفرقات. بناء على أنه لا بد من عدد الرضعات، وأنه لا يكتفى بالمص من غير مفارقة الثدي، وهو المشهور، وعن ابن أبي موسى: حد الرضعة أن يمتص ثم يمسك عن الامتصاص لنفس أو غيره، سواء خرج الثدي من فيه، أو لم يخرج، وكلام الخرقي يقتضي أنه متى وجد التفرق كفى، وإن كان بغير اختياره، وقد تقدم ذلك وقوله: في حولين. يحترز به عما بعد الحولين، فإنه لا يؤثر، ولا ريب في ذلك عندنا.

٢٨٥٣ ـ لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخل عليَّ النبي ﷺ، وعندي رجل، فقال: «يا عائشة من هذا؟ فقلت: أخي من الرضاعة، فقال: «يا عائشة انظرن من إخوانكن، فإنما الرضاعة من المجاعة»[٢] متفق عليه.

٢٨٥٤ ـ وعن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحرم الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي، وكان قبل الفطام» رواه الترمذي[٣] وصححه.

٢٨٥٥ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لا رضاع إلا ما فارق الحولين» رواه الدارقطني[٤].

٢٨٥٦ ـ وعن ابن مسعود رضي الله عنه: لا رضاعة إلا ما كان في الحولين.

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٤٩٩، ٢٥٠٠.
(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٦٤٧، ومسلم ١٠/ ٣٣.
(٣) الجامع الصحيح ١١٦١.
(٤) سنن الدارقطني ٤/ ١٧٤.

رواه أبو داود[١].

٢٨٥٧ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما: لا رضاعة لكبير.

٢٨٥٨ ـ وعن ابن عمر رضي الله عنهما: لا رضاعة إلا لمن أرضع في الصغر. رواهما مالك في الموطأ[٢].

٢٨٥٩ ـ وبهذا يتخصص ما روي عن زينب بنت أم سلمة رضي الله عنهما، قالت: قالت أم سلمة لعائشة رضي الله عنهما: إنه يدخل عليك الغلام الأيفع الذي ما أحب أن يدخل علي. فقالت عائشة رضي الله عنها: أما لك في رسول الله ﷺ أسوة حسنة، وقالت: إن امرأة أبي حذيفة قالت: يا رسول الله إن سالماً يدخل علي وهو رجل، وفي نفس أبي حذيفة منه شيء؛ فقال رسول الله ﷺ: «أرضعيه حتى يدخل عليك»[٣] رواه أحمد ومسلم، وفي رواية عن زينب، عن أمها أم سلمة رضي الله عنها، قالت: أبى سائر أزواج رسول الله ﷺ أن يدخلن أحداً عليهن بتلك الرضاعة، وقلن لعائشة رضي الله عنها: ما نرى هذا إلا رخصة رسول الله ﷺ لسالم خاصة، فما هو بداخل علينا أحد بهذه الرضاعة ولا رائينا[٤]. رواه أحمد ومسلم والنسائي.

(تنبيه): الأيفع[٥].

قال: ولو طلق الرجل زوجته ثلاثاً وهي ترضع من لبن ولده، فتزوجت بصبي مرضع فأرضعته حرمت عليه، ثم تزوجت بآخر ودخل بها، وطلقها أو مات عنها، لم يجز أن يتزوجها الأول، لأنها صارت من حلائل الأبناء لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به.

ش: أما تحريم المرضعة على الصبي المرضع فلأنها صارت أمه، فدخلت في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ وأما امتناع تزويج الأول لها فلما علل به الخرقي، من أنها صارت من حلائل أبنائه، لأن المرضع ابن له لما تقدم، والمرضعة زوجته، فهي من زوجات أبنائه، وقيود الخرقي رحمه الله واضحه.

قال: ولو تزوج كبيرة وصغيرة، فلم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين، حرمت عليه الكبيرة، وثبت نكاح الصغيرة.

ش: أما تحريم الكبيرة فلأنها بإرضاعه صارت من أمهات نسائه، وأمهات النساء يحرمن بمجرد العقد، وأما ثبوت نكاح الصغيرة، فلأنها قد صارت ربيبة، ولم يدخل

(١) سنن أبي داود حديث ٢٠٥٩.
(٢) الموطأ ٢/ ١١٤.
(٣) أخرجه مسلم ١٠/ ٣٢، وأحمد ٦/ ١٧٤.
(٤) أخرجه مسلم ١٠/ ٣٣، والنسائي ٦/ ١٠٤، وأحمد ٦/ ٣١٢.
(٥) بياض في الأصل.

بأمها فلا تحرم، لقوله سبحانه: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وهذا أشهر الروايتين عن أحمد، واختيار الخرقي وابن عقيل وغيرهما (والرواية الثانية) ينفسخ نكاح الصغيرة أيضاً، لأنهما قد صارتا أماً وبنتاً واجتمعا في نكاحه، ولا ريب أن الجمع بينهما محرم، فينفسخ نكاحهما، كما لو عقد عليهما بعد الرضاع جملة، وأجيب عن هذا بأن إزالة الجمع ممكن بانفساخ نكاح الكبيرة، وهو أولى به لتحريمها بمجرد العقد، بخلاف البنت فإنها لا تحرم إلا بالدخول بالأم، والدوام يغتفر فيه ما لا يغتفر في الابتداء.

قال: وإن كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعاً.

ش: الكبيرة لأنها صارت من أمهات نسائه، والصغيرة فلأنها صارت ربيبة مدخولاً بأمها.

قال: ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة.

ش: لأن الكبيرة قررته عليه، وألزمته إياه وأتلفت عليه ما في مقابلته، فوجب عليها الضمان كا لو أتلفت عليه المبيع، وقد تضمن كلام الخرقي أن عليه نصف مهر الصغيرة، وهو كذلك، لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها، فتنصف مهرها، وفي كلامه أو لا إشعار بأن الكبيرة الغير مدخول بها لا مهر لها، وهو واضح، إذ الفسخ لسبب من جهتها، أشبه ما لو ارتدت.

قال: وإذا تزوج بكبيرة لم يدخل بها، وبصغيرتين فأرضعت الكبيرة الصغيرتين، حرمت الكبيرة، وانفسخ نكاح الصغيرتين، ولا مهر للكبيرة، ويرجع عليها بنصف مهر الصغيرتين، وله أن ينكح من شاء منهما.

ش: أما تحريم الكبيرة فلأنها صارت من أمهات نسائه، فشملها قوله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ﴾ وأما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما قد صارتا أختين، وقد اجتمعتا في نكاحه، فينفسخ نكاحهما، إذ ليست إحداهما بأولى بالبطلان من الأخرى، فأشبه ما لو عقد عليهما ابتداء، وهذا بناء على ما تقدم من مختاره، من أنه إذا أرضعت كبيرة وصغيرة أنه لا ينفسخ نكاح الصغيرة، وإذاً إذا ارتضعت الثانية قد صارتا أختين، فينفسخ نكاحهما، أما على الرواية الثانية فإن الصغيرة إذا انفسخ نكاحها مع الكبرى، فالصغيرة الثانية إذا ارتضعت لم يوجد ما يجمع معها، فيبقى نكاحها، وأما كونه لا مهر للكبيرة فلأن الفسخ جاء من جهتها، وأما كونه يرجع عليها بنصف مهر الصغيرتين فلما تقدم من أنها قررت ذلك عليه، وألزمته له.

قال وإن كن الأصاغر ثلاثاً، فأرضعتهن متفرقات، حرمت الكبيرة، وانفسخ نكاح المرضعتين أولاً، وثبت نكاح آخرهن رضاعا.

ش: إذا كن الأصاغر ثلاثاً، فأرضعتهن الكبيرة متفرقات، حرمت الكبيرة لما تقدم، وانفسخ نكاح المرضعتين أولاً، لما تقدم من أنهما قد صارتا أختين، وقد جمع

بينهما في النكاح، فيبطل نكاحهما، ويثبت نكاح الأخرى، لأنها لم توجد ما يجمع معه، وهذا أيضاً مبني على ما تقدم أما علي الرواية الأخرى فإنه ينفسخ نكاح الجميع، نكاح الأولى مع الأم، ونكاح الثانية والثالثة لأنهما قد صارتا أختين.

قال: وإن كانت أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معاً، حرمت الكبيرة، وانفسخ نكاح الأصاغر.

ش: أما تحريم الكبيرة فواضح، وقد تقدم وأما انفساخ نكاح الأصاغر فلأنه قد صار جامعاً بين ثلاث أخوات، لأن الأولى لم ينفسخ نكاحها، فلما أرضعت الاثنتين بعد ذلك حصل الجمع بين الجميع، واعلم أن انفساخ نكاح الأصاغر على الروايتين، أما على المذهب فقد تقدم، وأما على الرواية الأخرى فلأن الأولى ينفسخ نكاحها مع الكبرى، والأخريين ينفسخ نكاحهما، لأنه قد صار جامعاً بينهما، غايته أن وقت الفسخ يختلف.

فعلى الأولى: ينفسخ نكاح الجميع في حالة واحدة، وعلى الثانية: ينفسخ نكاح الأولى مع الكبيرة، ويتأخر فسخ نكاح الأخريين إلى حين الإرضاع.

قال: ولو كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الأبد.

ش: أما تحريم الكبيرة فلما تقدم، وأما تحريم الأصاغر فلأنهن ربائب، مدخول بأمهاتهن فيحرمن.

قال: وإذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النكاح إن كانت مرضية، وقد قال أبو عبد الله في موضع آخر: إن كانت مرضية استحلفت، فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها، وذهب في ذلك إلى قول ابن عباس رضي الله عنهما.

ش: شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع، على المذهب المشهور.

٢٨٦٠ ـ لما روي عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما. قال: فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني، قال: فتنحيت فذكرت ذلك له، فقال: «كيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما» فنهاه عنها، أخرجه البخاري وغيره، وللنسائي قال: فأعرض عنه، فأتيته من قبل وجهه، قلت: إنها كاذبة. قال: «كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما، دعها عنك»[1].

٢٨٦١ ـ وقال الزهري: فرق بين أهل أبيات في زمن عثمان رضي الله عنه بشهادة امرأة في الرضاع.

٢٨٦٢ ـ وقال لشعبي: كانت القضاة يفرقون بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة في الرضاع (وعن أحمد) رواية ثانية: لا يقبل إلا بشهادة امرأتين لأن الرجال

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٨٤٣.

أكمل من النساء ولا يقبل إلا بشهادة رجلين فكذلك لا يقبل إلا بشهادة امرأتين (وعنه) ثالثة تقبل شهادة المرأة الواحدة، وتستحلف مع شهادتها.

٢٨٦٣ ـ اعتماداً على قول ابن عباس رضي الله عنهما فإنه قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وأهله، فقال: إن كانت مرضية استحلفت، وفارق امرأته، وقال: إن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها. يعني يصيبها فيهما برص، عقوبة على كذبها، نسأل الله العافية من ذلك، والظاهر أنه لا يقول مثل هذا إلا عن توقيف، وعلى كل حال فلا يقبل إلا شهادة مرضية، إذ غيرها يدخل في قوله تعالى: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦] الآية.

قال: وإذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول: هي أختي من الرضاع، انفسخ النكاح.

ش: لأن إقراره يتضمن ذلك، ولا فرق بين قبل الدخول وبعده، وإنما ذكر الخرقي قبل الدخول لما يذكره من المهر، وكلام الخرقي يشمل ما إذا كانت معروفة النسب، وصرح بذلك القاضي في ضمن كلامه في التعليق.

قال: فإن صدقته فلا مهر لها، وإن كذبته فلها نصف المهر.

ش: إذا قال قبل الدخول: هي أختي من الرضاعة. فإن صدقته فلا مهر لها لإقرارها بفساد نكاحها من أصله. ولا مهر في النكاح الفاسد قبل الدخول، وإن أكذبته فلها نصف المهر، لأن حقها ثبت بالعقد ظاهراً، ودعوى الزوج بعد ذلك إسقاطه دعوى مجردة فلا تسمع.

قال: ولو كانت المرأة هي التي قالت: هو أخي من الرضاعة. فأكذبها، ولم تأتِ بالبينة على ما وصفت، فهي زوجته في الحكم.

ش: أما كون المرأة زوجته في الحكم إذا قالت: هو أخي من الرضاعة. فأكذبها ولا بينة لها، فلإن بقاء النكاح من حقوق الزوج، ودعوى المرأة زواله دعوى مجردة فلا تسمع، ومفهوم كلام الخرقي أنه إذا صدقها انفسخ النكاح، وهو كذلك للاتفاق على ما يقتضي الفسخ، ومقتضى كلامه أنها متى أقامت البينة على ما ادعته كان القول قولها، وهو واضح، إذ البينة تبين الحق وتوضحه.

كتاب النفقات

قال: وعلى الزوج نفقة زوجته ما لا غنى لها عنه وكسوتها.

ش: نفقة الزوجة واجبة في الجملة بالإجماع، وسنده قوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، وقول الله تعالىٰ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧] الآية.

٢٨٦٤ ـ وعن جابر رضي الله عنه في حديثه الطويل، أن رسول الله ﷺ خطب الناس فقال: «اتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»(١) رواه مسلم وغيره.

٢٨٦٥ ـ وفي حديث هند الصحيح أن رسول الله ﷺ قال لها: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»(٢)، إذا تقرر هذا فقول الخرقي: إن الواجب على الزوج من النفقة ما لا غنى لها عنه وكسوتها، أي شيئاً لا يستغنى عنه، ومعناه ما لا بدّ لها منه، فظاهر هذا أن الواجب عليه هو أقل الكفاية، فكأنه اعتبر حال الزوج، وقد صرح بذلك أبو بكر في التنبيه فقال: إنها على قدر يسار الزوج وإعساره، على اجتهاد الحاكم، وأومأ إليه أحمد في رواية أحمد بن سعيد، فقال: أما نفقة خادم واحد فلا بدّ منه، وهو على قدر اليسار؛ وقال في رواية أبي طالب: إذا وجد ما يطعمها رغيفين ثلاثة، يعني لم تملك الفسخ، وذلك لظاهر قول الله تعالىٰ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ إلى قوله: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٧].

٢٨٦٦ ـ وعن معاوية القشيري قال: أتيت النبيّ ﷺ قال: فقلت: ما تقول في نسائنا؟ قال: «أطعموهن مما تأكلون، واكسوهن مما تلبسون، ولا تضربوهن ولا تقبحوهن» رواه أبو داود(٣). وأومأ في رواية أبي صالح أن الاعتبار بحالها، فقال: إذا غاب عن زوجته يضرب لها في ماله بقدر نفقة مثلها؛ وذلك لحديث هند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، وهو قضية عين، وقد جمع القاضي في تعليقه بين كلامي

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ١٦١٠.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٢١١، ٥٣٦٤، ومسلم ٧/١٢.

(٣) سنن أبي داود حديث ٢١٤٢.

أحمد، وجعل الاعتبار بحال الزوجين، فيفرض للموسرة تحت الموسر نفقة الموسرين، وللفقيرة تحت الفقير نفقة الفقراء، وللمتوسطة تحت المتوسط أو إذا كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً نفقة المتوسطين، وتبعه فيما علمت من بعده على ذلك، جمعاً بين الدليلين.

قال: فإن منعها أو بعضه وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف، كما قال النبي ﷺ لهند، حين قالت: إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

ش: قد ذكر الخرقي رحمه الله الحكم ـ وهو ما إذا منعها الواجب عليه أو بعضه ـ ودليله، وهو حديث هند الذي في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها، أن هنداً رضي الله عنها قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، وهو صريح في أن لها أن تأخذ بغير إذنه، والحكم للواحد حكم لغيره، إما بطريق عرف الشرع كما نقوله، أو بالقياس كما يقوله الأكثرون، وكأن المعنى في ذلك أن الحاجة تدعو إلى ذلك، إذ النفقة تجب كل يوم، فالمرافعة إلى الحاكم تشق أو تتعذر، فجوز الشرع أخذ الكفاية بالمعروف، دفعاً للحرج والمشقة.

قال: فإن منعها أو بعضه ولم تجد ما تأخذ منه، واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما.

ش: ظاهر هذا الكلام أنه منعها مع قدرته على الإنفاق، ولم تجد له مالاً تأخذ منه، ومختار أبي الخطاب في هدايته، وأبي محمد أن لها الفسخ والحال هذه، كما اقتضاه كلام المصنف، لأن الإنفاق عليها من ماله متعذر، فكان لها الفسخ كحال الإعسار، بل أولى، إذ لا عذر هنا، بخلاف ثم.

٢٨٦٧ ـ وقال ابن المنذر: ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى. واختار القاضي أنها لا تملك الفسخ والحال هذه، لأن الفسخ ثم لعيب الإعسار ولم يوجد، ولأن الموسر الممتنع في مظنة إمكان الأخذ من ماله، بخلاف المعسر، ويأخذ من عموم كلام الخرقي أو من تنبيهه أنها إذا لم يجد ما ينفق عليها أصلاً أن لها الفسخ، وهو المنصوص والمشهور من الروايتين، والمختار للأصحاب، لما تقدم عن عمر، ولقول الله سبحانه: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمعروف، فيتعين التسريح.

٢٨٦٨ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبيّ ﷺ قال: «خير الصدقة ما كان ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول» فقيل: من أعول يا

رسول الله؟ قال: «امرأتك ممن تعول، تقول: أطعمني وإلا فارقني. جاريتك تقول: أطعمني واستعملني. ولدك يقول: إلى من تتركني»[(١)] رواه أحمد والدارقطني. قال أبو البركات: بإسناد صحيح.

٢٨٦٩ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه أيضاً، عن النبيّ ﷺ في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، قال: «يفرق بينهما» رواه الدارقطني[(٢)].

٢٨٧٠ ـ وروى سعيد عن سفيان، عن أبي الزناد، قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على زوجته أيفرق بينهما؟ قال: نعم. قلت: سنة؟ قال: سنة. وهذا ينصرف إلى سنّة رسول الله ﷺ، (ونقل عنه) ابن منصور ما يدل على أنها لا تملك الفسخ بالإعسار، ما لم يوجد منه غرور، فقال: إذا تزوج امرأة وهو مفلس، ولم تعلم المرأة لا يفرق بينهما، إلا أن يكون قال لها: عندي من العروض والأموال؛ وغرّها من نفسها، إلا أن القاضي حمل هذا على الإفلاس بالصداق، وبالجملة قد قيل في وجه ذلك: إنه حق لها عليه، فلم يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين. وعلى هذه الرواية ترفع يده عنها لتكتسب ما تقتات به.

قال: ويجبر الرجل على نفقة والديه، وولده الذكور والإناث، إذا كانوا فقراء، وكان له ما ينفق عليهم.

ش: أما كون الرجل يجبر على نفقة والديه، وولده الذكور والإناث، فليأت بالواجب، وبيان الوجوب أما في حق الوالدين فلقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱعْبُدُواْ ٱللَّهَ وَلَا تُشْرِكُواْ بِهِۦ شَيْـًٔا ۖ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَـٰنًا﴾ [النساء: ٣٦] ومن الإحسان لهما الإنفاق عليهما عند حاجتهما إلى ذلك.

٢٨٧١ ـ وعن كليب بن منفعة عن جدّه رضي الله عنهم، أنه أتى النبيّ ﷺ فقال: يا رسول الله من أبر؟ قال: «أمك وأباك، وأختك وأخاك، ومولاك الذي يلي ذاك، حق واجب، ورحم موصولة» رواه أبو داود[(٣)]، وأما في حق الأولاد فلقول الله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ﴾ [الطلاق: ٦] وقال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وحديث هند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» مع أن هذا إجماع في المسألتين في الجملة، حكاه ابن المنذر فقال: أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال، واجبة في مال الولد، وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال، الذين لا مال لهم.

---

(١) أخرجه أحمد ٢/ ٥٢٧، والدارقطني ٣/ ٢٩٥.
(٢) سنن الدارقطني ٣/ ٢٩٧.
(٣) سنن أبي داود حديث ٥١٤٠.

ويدخل في كلام الخرقي في الوالدين الأجداد والجدات وإن علوا، وفي الولد ولد الولد وإن سفل، وهو كذلك، بدليل قوله سبحانه: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النساء: ١١] دخل فيه ولد البنين، وقال سبحانه: ﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ﴾ [النساء: ١١] يدخل فيه الأجداد، وقال تعالىٰ: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمۡ إِبۡرَٰهِيمَۚ﴾ [الحج: ٧٨] واشترط الخرقي رحمه الله لوجوب النفقة على من تقدم شرطين (أحدهما) أن يكون المنفق عليهم فقراء أي لا مال لهم، ولا كسب يقوم بكفايتهم، إذ النفقة تجب على سبيل المواساة، والغني مستغن عن المواساة، (الثاني) أن يكون للمنفق ما ينفق عليهم، إما من مال أو صناعة ونحو ذلك، فاضلاً عن نفقة نفسه وزوجته.

٢٨٧٢ ـ لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لرجل: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، وإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا»[١] رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي.

٢٨٧٣ ـ وعن طارق المحاربي رضي الله عنه قال: قدمت المدينة وإذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخطب، وهو يقول: «يد المعطي العليا، وابدأ بمن تعول، أمك وأباك، وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك» رواه النسائي[٢].

وظاهر كلام الخرقي أنه لا يشترط غير ذلك، إلا أنه يذكر بعد أن السيد تلزمه نفقة رقيقه، ولا يلزم ابنه نفقته، وإن كان حراً، وهو كذلك بلا ريب، فإذاً الشروط ثلاثة (ثالثها) أن لا يكون أحدهما رقيقاً، ولا بد (من شرط رابع) وهو أن يتحد دينهما، فإن اختلف فلا نفقة لأحدهما على صاحبه، لأن النفقة مواساة على سبيل البر والصلة، ولا صلة مع اختلاف الدين، ولأنهما غير متوارثين، فلم تجب لأحدهما نفقة على الآخر، كما لو كان أحدهما رقيقاً، ولا نزاع في اشتراط هذا الشرط في غير عمودي النسب، وفي عمودي النسب روايتان، نص عليهما في الأب الكافر، هل تجب عليه نفقة ولده المسلم، وخرجهما القاضي في العكس، وأبو محمد ينصر عدم الوجوب مطلقاً، عكس ظاهر كلام الخرقي، فإن ظاهره الوجوب في عمودي النسب، لأنه لم يشترط ذلك، وعدم الوجود في غيرهم، كما هو متفق عليه، لقوله بعد: أجبر وارثه. فاشترط الإرث، فدلّ ذلك على اشتراط الاتفاق في الدين، واختلف في (شرط خامس) وهو أن المنفق عليه هل من شرطه أن يكون زمناً ونحو ذلك، أو لا يشترط ذلك؟ لا نزاع فيما علمت أن الوالدين لا يشترط فيهما ذلك، وهو مقتضى كلام الخرقي، واختلف فيمن عداهما، وعن أحمد ما يدلّ على روايتين، ومختار القاضي وأبي محمد عدم الاشتراط مطلقاً، كما هو ظاهر كلام الخرقي، إناطة بالحاجة، وتمسكاً بقول

---

(١) أخرجه مسلم ٧/ ٨٢، والنسائي ٥/ ٦٩، وأحمد ٣/ ٣٠٥.

(٢) المجتبى ٥/ ٦١.

النبيّ ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك» وهو واقعة عين.

قال: وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب، أجبر وارثه الذكور والإناث على نفقته على قدر ميراثهم منه.

ش: كذلك الصبي أو الصبية إذا لم يكن له أب وكان فقيراً، فإن وارثه وإن كان أنثى يجبر على نفقته، لقول الله سبحانه: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أي مثل ما وجب على المولود له، ولما تقدم من حديث جابر وطارق، وكليب رضي الله عنهم، وهذا هو المشهور من الروايتين، (وعن أحمد) رواية أخرى لا تجب النفقة إلا على العصبات، فعلى هذا لا تجب على العمة والخالة ونحوهما، إذ النفقة معونة، فاختصّت بالعصبات كالعقل.

٢٨٧٤ ـ وقال ابن المنذر: روي عن عمر رضي الله عنه أنه حبس عصبة ينفقون على صبي الرجال دون النساء؛ وعلى كلا الروايتين هل يشترط أن يرثهم بالفرض أو التعصيب في الحال، أو لا يشترط ذلك، بل الشرط الإرث في الجملة؟ فيه روايتان، المختار منهما عند القاضي وأبي الخطاب، وأبي محمد وغيرهم الأولى.

ويستثنى مما تقدم ذوو الأرحام من غير عمودي النسب، فإن النفقة لا تجب لهم، على المنصوص والمجزوم به عند كثيرين، حتى قال القاضي: رواية واحدة؛ إذ قرابتهم ضعيفة، وإنما يأخذون المال عند عدم الوارث، فهم كسائر المسلمين، وخرج أبو الخطاب وجوبها على توريثهم، وهو قوي.

واشترط الخرقي لوجوب النفقة على الوارث أن لا يكون للمنفق عليه أب، فلو كان له أب اختصّ بنفقته، لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وقال: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقال ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فجعل النفقة على أبيهم دونها، وحيث أوجبنا النفقة على الوارث فإنها على قدر ميراثه من المنفق عليه، لأنه لو ورث الجميع لوجب عليه الجميع، فإذا ورث البعض وجب عليه بقدره، إذ السبب هو الإرث.

وفرع الخرقي على ذلك فقال رحمه الله: فإن كان للصبي أم وجد، فإن على الأم ثلث النفقة، وعلى الجد الثلثين، وإن كانت جدة وأخاً فعلى الجدة السدس، والباقي على الأخ، وعلى هذا المعنى حساب النفقات.

ش: لا ريب أن الأم والجد يرثان المال أثلاثاً، فتكون النفقة عليهما أثلاثاً، ولا ريب أن الجدة ترث السدس، فيكون عليها من النفقة بقدر ذلك، والأخ يرث الباقي، فيكون عليه باقي النفقة، وعلى هذا أبداً، فلو كان له أم أم وأم أب، فالنفقة عليهما نصفين، لتساويهما في الإرث، وظاهر كلام الخرقي أنها تجب بالقسط، وإن كان بعضهم موسراً والآخر معسراً، وهذا إحدى الروايتين (والرواية الأخرى): تجب على

الموسر والحال هذه كل النفقة، ففي الجدة والأخ إذا كان الأخ موسراً، والجدة معسرة، هل على الأخ خمسة أسداس النفقة حصة إرثه، أو كلها، لأن من معه كالمعدوم؟ على الروايتين.

قال: وعلى المعتق نفقة معتقه إذا كان فقيراً، لأنه وارثه.

ش: هذا مبني على ما تقدم من أن الوارث تجب عليه نفقة موروثه، وحديث كليب ـ وقد تقدم ـ صريح في ذلك، ويشترط في وجوب الإنفاق الشروط المذكورة، إذ هذا فرع مما تقدم.

قال: وإذا تزوجت الأمة لزم زوجها أو سيده إن كان مملوكاً نفقتها.

ش: يلزم زوج الأمة نفقتها إن كان حراً، لأنها زوجته، فيدخل في عموم ما تقدم، وكذلك إن كان عبداً، نظراً للعموم أيضاً، ولأنه عوض واجب في النكاح، فوجب على العبد كالمهر، ثم هل تكون في ذمة السيد، لإذنه في النكاح المفضي إلى إيجابها، أو في رقبة العبد، إذ الوطء في النكاح بمنزلة الجناية، وجناية العبد في رقبته، فكذلك ما يتعلق بالوطء، أو في كسب العبد؟ على ثلاث روايات، المشهور منهن الأولى.

قال: وإن كانت تأوي بالليل عند الزوج، وبالنهار عند المولى، أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده.

ش: لأن النفقة تابعة للتمكين، والتمكين وجد للزوج في الليل، فيختص بنفقة الليل، وتجب نفقة النهار على المولى بأصل الملك، ثم هل تجب النفقة عليهما نصفين، قطعاً للتنازع، وهو الذي جزم به أبو محمد، أو تجب نفقة الليل وتوابعه من الغطاء والوطاء، ودهن المصباح، ونحوه على الزوج، وما يتعلق بالنهار على السيد، وهو الذي أورده أبو البركات مذهباً؟ (فيه وجهان) وقد علم من هذه المسألة أن المسألة السابقة فيما إذا سلمت الأمة ليلاً ونهاراً.

قال: فإن كان لها ولد لم يلزم الزوج نفقة ولده منها، حراً كان الزوج أو عبداً، إذ نفقتهم على سيدهم.

ش: قد تقدمت الإشارة إلى هذا، وذلك لأن ولد الأمة من نمائها، فيكون لسيدها بلا ريب، ونفقة المملوك على سيده، لما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ، وعن أحمد رواية أخرى أن ولد العربي يكون حراً، وعلى أبيه فداؤه، فعلى هذا تكون نفقته عليه.

قال: وليس على العبد نفقة ولده، حرة كانت الزوجة أو أمة.

ش: لأن العبد لا مال له، فتجب عليه النفقة، ولو قيل يملك فملكه ناقص، لا يحتمل المواساة.

قال: وعلى المكاتبة نفقة ولدها، دون أبيه المكاتب.

ش: ولد المكاتبة يتبعها دون أبيه، وإن كان مكاتباً، بناء على القاعدة، من أن الولد يتبع أمه في الحرية والرق، وإذا تبعها وقف معها، فإن عتقت بالأداء عتق، وإن رقت رق، وإذاً نفقته عليها، لأن له حكم نفسها، ولا ريب أن نفقة نفسها عليها، فكذلك ولدها.

قال: وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته.

ش: لأن ولده من أمته يتبعه، فيصير حكمه حكمه، فتجب عليه نفقته لما تقدم، وتقييده، بأمته لأن يكون ولده من غير أمته إما أن يكون من حرة فيكون حراً، والمكاتب لا تجب عليه نفقة قريبه الحر، لأنه وإن ملك لكنه محجور عليه في ذلك، وإما أن يكون من مكاتبة فيتبعها، ويعطى حكمها، كما تقدم، وإما أن يكون من أمة لسيده أو لأجنبي، فالأجنبي يتبعها في رقها وتجب نفقته على سيده، ولسيده كذلك، اللهم إلا أن يشترط أن ولده يتبعه، فإن نفقته تجب عليه، إناطة بالتبعية، هذا هو التحقيق تبعاً لأبي البركات، ووقع لأبي محمد أن للمكاتب أن ينفق على ولده من أمة لسيده، معللاً بأنه مملوك لسيده، فينفق عليه من المال الذي تعلق به حق سيده، وله احتمالان فيما إذا كان الولد من مكاتبة لسيده.

باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج

لما تقدم له أن النفقة تجب للزوجة، ذكر الحال التي تجب فيها النفقة، فقال رحمه الله: وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ، فلم تمنعه نفسها، ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة.

ش: فظاهر هذا أن النفقة تجب بالعقد ما لم تمنعه نفسها، ولا منعه أولياؤها، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد، لأن العقد سبب الوجوب، فترتب الحكم عليه (والرواية الثانية) لا تجب النفقة إلا بالتسليم، أو ببذله حيث لزمه القبول، وهو المشهور، لأن النفقة تجب في مقابلة الاستمتاع، وذلك بالتمكين منه، ومع عدم التسليم أو بذله لم يوجد، ولأن النبي ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها، ودخلت عليه بعد مدة، ولم ينقل أنه أنفق إلا بعد دخوله، ولا أنه كان يرسل نفقة ما مضى، وفي الاستدلال بهذا نظر، فإن من شرط وجوب النفقة على كل حال كون مثلها يوطأ، كما ذكره الخرقي، وعائشة رضي الله عنها حين تزوجها كانت بنت ست سنين على الصحيح، ومثلها لا يوطأ غالباً، والخرقي رحمه الله أطلق من يوطأ مثلها، ولم يقيده بسن، وكذا جماعة كثيرة من أصحاب القاضي، منهم أبو الخطاب في الهداية، وابن عقيل، والشيرازي، وتبعهم على ذلك أبو محمد مصرحاً به، وأناط ذلك القاضي بابنة تسع سنين، وتبعه على ذلك أبو البركات، وهو مقتضى نص أحمد، قال في رواية

صالح وعبد الله ـ وسئل: متى يؤخذ الرجل بنفقة الصغيرة؟ فقال: إذا كان مثلها يوطأ، تسع سنين، ولم يكن الحبس من قبلهم، ففسر من مثلها يوطأ بتسع سنين، وقد يحمل إطلاق من أطلق من الأصحاب على ذلك، فإذاً أبو محمد منفرد عنهم.

وقول الخرقي: مثلها يوطأ، يريد به ـ والله أعلم ـ في السن، فلو كان بها رتق أو قرن، أو مرض ونحو ذلك، ومثلها في السن يوطأ، فلا يخلو إما أن يكون هذا المانع يمنع الاستمتاع بالكلية، أو لا، فإن لم يمنعه بالكلية وجبت النفقة، للتمكن من الاستمتاع الواجب في الجملة، وإن منع الاستمتاع بالكلية كمرض كذلك أو إحرام ونحو ذلك، فإن لم يرج زواله وجبت النفقة، إذ لا حال لها ينتظر، وإن رجي زواله كالإحرام ونحوه انتظر زوال ذلك، ولم تجب النفقة لأنها والحال هذه كالصغيرة.

قال: وإذا كانت بهذه الحال التي وصفت، وزوجها صغير، أجبر وليه على نفقتها من مال الصبي.

ش: الحال التي وصفها أن يكون مثلها يوطأ، ولم تمنع نفسها، ولا منعها أولياؤها، وإذا كان زوجها والحال هذه صغيراً وجبت عليه نفقتها، لأن المنع جاء من قبل الزوج، لا من قبلها، أشبه ما لو كان غائباً، وعلى المشهور لا بد أن تسلم نفسها، أو تبذل له ذلك، إذا تقرّر هذا فالمخاطب بالنفقة هو الولي، كما يخاطب بأداء بقية الواجبات عنه، والأداء من مال الصبي كما في بقية الواجبات.

قال: فإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما.

ش: قد تقدم الكلام على هذا، وأنه يؤخذ من كلام الخرقي تنبيهاً، ويؤخذ من كلامه هنا تصريحاً، ونزيد هنا بأن المفرق في الفسخ للإعسار بالنفقة هو الحاكم، لأنه أمر مختلف فيه، والأمور المختلف فيها تقف على الحاكم.

قال: وإن طالب الزوج بالدخول، وقالت: لا أسلم نفسي حتى أقبض صداقي، كان ذلك لها، ولزمته النفقة إلى أن يدفع إليها صداقها.

ش إذا طالب الزوج بالدخول، وامتنعت المرأة حتى تقبض صداقها، فلها ذلك، لأن عليها في التسليم قبل قبض صداقها ضرراً، والضرر منفي شرعاً، وبيان الضرر أنها إذا سلمت نفسها قد يستوفي معظم المنفعة المعقود عليها وهو الوطء، فإذا لم يسلم إليها عوض ذلك ـ وهو الصداق ـ لا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها، فيلحقها الضرر، وفارق المبيع إذا تسلمه المشتري، ثم أعسر بالثمن، فإنه يمكنه الرجوع فيه، وإذا كان لها الامتناع لأجل قبض الصداق، مع بذلها للتسليم، فلها النفقة، لأن امتناعها في الحقيقة إنما جاء من جهة الزوج، وكلام الخرقي يشمل الصداق الحال والمؤجل، وهذا الحكم إنما هو في الحال، أما المؤجل فليس لها الامتناع، إذ لا حق لها تطالب به، إذ حقها قد رضيت بتأخيره، نعم لو حل المؤجل قبل التسليم، فهل لها الامتناع

نظراً إلى الحال الراهنة، أو ليس لها الامتناع إلى ما دخلت عليه ابتداء؟ فيه وجهان.

قال: وإذا طلق زوجته طلاقاً لا يملك رجعتها، فلا سكنى لها ولا نفقة، إلا أن تكون حاملاً.

ش: إذا بانت المرأة من زوجها بطلاق أو فسخ أو غير ذلك، فلا يخلو إما أن تكون حاملاً أو حائلاً، فإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى إجماعاً، وسنده قوله سبحانه: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] ولأن الحمل ولده، ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بالإنفاق عليها، فوجب نظراً إلى أن ما يتوقف عليه الواجب واجب، وإن كانت حائلاً فلا نفقة لها على المشهور المعروف.

٢٨٧٥ ـ لما روت فاطمة بنت قيس رضي الله عنها أن زوجها طلقها ألبتّة وهو غائب عنها، فأرسل إليها وكيله بشعير فسطخته، فقال: والله ما لك علينا من شيء. فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك، فقال: «ليس لك عليه نفقة» وفي لفظ: «ولا سكنى» فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك[(١)]، متفق عليه.

٢٨٧٦ ـ وعن الشعبي عن فاطمة أيضاً عن النبي ﷺ في المطلقة ثلاثاً قال: «ليس لها سكنى ولا نفقة»[(٢)] رواه أحمد ومسلم، وفي رواية عنها قالت: طلقني زوجي ثلاثاً، فلم يجعل لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة[(٣)]، رواه الجماعة إلا البخاري، وأيضاً قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ مفهومه أنهن إذا لم يكن أولات حمل لا نفقة لهن.

وقد اعترض على خبر فاطمة رضي الله عنها بأن من شرط قبول خبر الواحد أن لا ينكره السلف، وهذا الخبر قد أنكر.

٢٨٧٧ ـ فعن الشعبي أنه حدث بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها سكنى ولا نفقة، فأخذ الأسود بن يزيد كفاً من حصباء فحصبه به، وقال: ويلك تحدث بمثل هذا، قال عمر رضي الله عنه: لا نترك كتاب الله وسنة نبينا، لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت[(٤)]، رواه مسلم وغيره.

٢٨٧٨ ـ وعن هشام بن عروة، عن أبيه قال: لقد عابت ذلك عائشة رضي الله عنها أشد العيب، يعني حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها، فقالت: إن فاطمة كانت في مكان وحش، فخيف على ناحيتها، فلذلك أرخص لها رسول الله ﷺ[(٥)].

---

(١) أخرجه البخاري حديث ٥٣٢١، ومسلم ١٠/ ٩٤.

(٢) أخرجه مسلم ١٠/٩٨، وأحمد ٦/ ٣٧٣.

(٣) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٨٤، والنسائي ٦/ ١٤٤، وابن ماجه حديث ٢٠٣٥.

(٤) أخرجه مسلم ١٠/١٠٣، والنسائي ٦/ ٢٠٩.

(٥) أخرجه البخاري حديث ٥٣٢٤، وأبو داود حديث ٢٢٩٢، وابن ماجه حديث ٢٠٢٣.

رواه أبو داود وابن ماجه، وأخرجه البخاري تعليقاً.

٢٨٧٩ ـ وعن سليمان بن يسار في خروج فاطمة قال: إنما كان ذلك من سوء الخلق، رواه أبو داود[1] مرسلاً.

٢٨٨٠ ـ وعن ميمون بن مهران قال: قدمت المدينة فدفعت إلى سعيد بن المسيب، فقلت: فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها، فقال سعيد: تلك امرأة فتنت الناس، إنما كانت لسنة، فوضعت على يدي ابن أم مكتوم (وقد أجيب) بأن هذا ليس بشرط عندنا، إنما الشرط صحة الخبر، ولا ريب في صحة خبرها، وقد قال أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد، ـ وسئل عن الأمور المختلفة عن رسول الله ﷺ، وقد رد أحد الأمرين بعض الخلفاء، مثل حديث فاطمة بنت قيس: هل لنا العمل بما يرد الخليفة فقال .: كان ذلك منه على احتياط، وقد كان عمر رضي الله عنه يقبل من غير واحد قوله وحده، ولا يكون ذلك دفعاً للآخر، ثم إنكار عمر قد طعن في صحته الإمام أحمد، قال أبو داود: وسمعت أحمد وذكر له حديث عمر: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا، يصح هذا عن عمر؟ قال: لا. وقال الفضل بن زياد: كتبت إلى أبي عبد الله أسأله عن المطلقة ثلاثاً هل لها سكنى أو نفقة، وكيف حديث فاطمة؟ فأتاني الجواب: أما الذي نذهب إليه فعلى حديث فاطمة، وأما ما يروى عن عمر أنه قال: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة. فإنا نرى أن ذلك وهم ممن روى عن عمر، لأن الكتاب يطلق لعدّتها، قال: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] وقال: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فإن قيل: حديث عمر قد رواه مسلم وأبو داود، والترمذي وغيرهم، ثم يدل على ضعفه اختلاف ألفاظه، ففي السنن ما تقدم، وقال أحمد وقد ذكر له هذا فقال: أما هذا فلا، ولكن قال: لا نقبل في ديننا قول امرأة. وقال الدارقطني: قوله: وسنة نبينا، غير محفوظ، لم يذكرها جماعة من الثقات، ثم لو صح ذلك لم يكن فيه حجة، إذ لا حجة لأحد مع رسول الله ﷺ، ثم إن عمر رضي الله عنه استند في إنكاره إلى كتاب الله وسنة الرسول، ولا يعرف في سنة الرسول ﷺ ما يخالف خبر فاطمة، وكذلك ليس في الكتاب ما يخالفه كما تقدم عن أحمد، فإن الآية الكريمة إنما تدل على الطلاق الرجعي، والإنفاق على الحامل نفقة والد على ولده، لا نفقة زوج على زوجته، وقد قال محمد بن العباس النسائي: سألت أبا عبد الله: ما تقول في حديث عمر: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لعلها نسيت أو شبه لها؟ فقال: لا نعرف في كتاب الله ذكراً، ولا في سنة رسول الله ﷺ؛ وقال إسماعيل بن إسحاق: نحن نعلم أن عمر لا يقول لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب الله تعالىٰ، والذي في الكتاب أن لها النفقة إن كانت حاملاً، لقوله سبحانه: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ أما

(١) سنن أبي داود حديث ٢٢٩٤.

غير ذات الحمل فلا يدلّ الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن، لاشتراطه الحمل في الأمر بالإنفاق.

٢٨٨١ ـ ورضي الله عن فاطمة، فعن عبيد الله ـ وهو ابن عبد الله بن عتبة ـ قال: أرسل مروان إلى فاطمة فسألها، فأخبرته أنها كانت عند أبي حفص، وكان النبي ﷺ أمر عليّ بن أبي طالب على بعض اليمن، فخرج معه زوجها، فبعث إليها بتطليقة كانت بقيت لها، وأمر عياش بن أبي ربيعة والحارث بن هشام أن ينفقا عليها، فقالا: والله ما لها نفقة إلا أن تكون حاملاً، فأتت النبي ﷺ فقال: «لا نفقة لك إلا أن تكون حاملاً» فاستأذنته في الانتقال، فأذن لها، فقالت: أين أنتقل يا رسول الله؟ فقال: «عند ابن أم مكتوم» وكان أعمى، تضع ثيابها عنده ولا يبصرها، فلم تزل هناك حتى مضت عدتها، فأنكحها النبي ﷺ أسامة، فرجع قبيصة إلى مروان فأخبره بذلك، فقال مروان: لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة، فسنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها، فقالت فاطمة حين بلغها ذلك: بيني وبينكم كتاب الله، قال الله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ . . . لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١] قالت: فأي أمر يحدث بعد الثلاث[(١)]. رواه مسلم وأبو داود والنسائي، وزعم أبو مسعود الدمشقي أنه مرسل، فقد بنت رضي الله عنها أن الكتاب إنما دل على ما قالت، وأما قول عائشة رضي الله عنها: إن نقلتها إنما كان لكونها كانت في مكان وحش، فليس في حديثها ما يدلّ على ذلك، ولو كان فيه لما جاز لها تركه، بل قد تقدم عنها في مسلم أنها قالت عن النبي ﷺ في المطلقة ثلاثاً، قال: «ليس لها سكنى ولا نفقة» وهذا يشملها وغيرها، وقد تقدم أيضاً في السنن أن النبي ﷺ قال: «لا نفقة لك إلا أن تكون حاملاً» فعلّل استحقاقها النفقة بالحمل، ولو كان استحقاقها النفقة بالطلاق لكان ذكر الحمل عديم التأثير، وما ذكر عن سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار فالجواب عنه كذلك، ثم قد خالف عمر وعائشة ابن عباس رضي الله عنهم.

٢٨٨٢ ـ قال أحمد: روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لا نفقة لها ولا سكنى. إذا طلقت ثلاثاً.

٢٨٨٣ ـ ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه، وإذا وقع التنازع بين الصحابة وجب الرجوع إلى الله وإلى الرسول ﷺ. انتهى. وفي السكنى لها روايتان (إحداهما) لا سكنى لها، وهي اختيار الخرقي، والقاضي وغيرهما، اعتماداً على حديث فاطمة المتقدم، (والثانية) لها السكنى، اعتماداً على قوله تعالىٰ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ الآية، وقد يجاب عنه بأنه في الرجعية كما تقدم، هذا كله إذا كان الطلاق بائناً كما تقدم، أما إن كان رجعياً فلها السكنى والنفقة بلا نزاع، للآية الكريمة.

(١) أخرجه مسلم ١٠/١٠١، وأبو داود حديث ٢٢٩٠، وأحمد ٦/٤١٤.

٢٨٨٤ ـ وفي خبر فاطمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لها: «إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة، فإذا لم يكن له عليها رجعة فلا نفقة لها ولا سكنى» رواه أحمد(١). ولأنها في حكم الزوجات في الإرث والطلاق، وغير ذلك، فكذلك في النفقة، والله أعلم.

قال: وإذا خالعت المرأة زوجها، وأبرأته من حملها، لم يكن لها نفقة، ولا لولده حتى تفطمه.

ش: إذا خالعت الحامل زوجها، ولم تبرئه من حملها، فلها النفقة والسكنى كما تقدم، وإن أبرأته من حملها ـ بأن جعلت ذلك عوضاً في الخلع ـ فإنه يصح، بناء على ما تقدم من صحة الخلع بالمجهول، ثم إن عينت مدة الحمل والكفالة إلى حين الفطام صح، وكذلك إن أطلقت الكفالة، وينصرف عند التنازع إلى حولين، وإن أطلقت مدة الحمل فقط انصرف إلى زمن الحمل قبل وضعه، قاله أبو محمد.

وظاهر كلام الخرقي أنه ينصرف إلى زمن الرضاع أيضاً، وقال القاضي: إنما صح المخالعة على نفقة الولد، وهي للولد دونها، لأنها في حكم المالكة لها، لأنها المستحقة لها، وبعد الولادة تأخذ أجر رضاعها، قال: فأمّا النفقة الزائدة على هذا ـ من كسوة الطفل ودهنه، ونحو ذلك ـ فلا يصح أن يعاوض به، لأنه ليس لها، ولا هو في حكم ما هو لها، فكأنه يخصّص كلام الخرقي، والله أعلم.

قال: والناشز لا نفقة لها، فإن كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها.

ش: الناشز لا نفقة لها، لأن النفقة وجبت في مقابلة تمكينها، ومع النشوز لا تمكين، وإن كان لها منه ولد أعطاها نفقته، لأنها واجبة له فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير، وهذا يلتفت إلى قاعدة، وهو أن النفقة هل تجب للحامل لحملها، أو لها من أجله؟ فيه روايتان، أشهرهما أنها للحمل، وهي اختيار الخرقي، وأبي بكر، والقاضي في تعليقه، وغيرهم (والثانية) أنها لها من أجله، واختارها ابن عقيل في التذكرة، وللخلاف فوائد (إحداها) هذه المسألة وهي الناشز الحامل، على الرواية الأولى لها نفقة الحمل لما تقدم، وعلى الثانية لا شيء لها لنشوزها (الثانية) إذا كانت المطلقة أمة، فعلى الأولى النفقة على السيد، لأن الحمل ملكه، وعلى الثانية على الزوج، لأن نفقتها عليه (الثالثة) إذا كان الزوج عبداً، فعلى الأولى لا شيء عليه، لأنه لا يلزمه نفقة ولده، وعلى الثانية عليه النفقة لما تقدم (الرابعة) إذا كانت حاملاً من نكاح فاسد، أو وطء شبهة، أو ملك يمين، فعلى الأولى تجب لها النفقة، نظراً للولد، وعلى الثانية لا تجب إذا لا نكاح، (الخامسة) إذا كان الزوج غائباً أو معسراً، فعلى الأولى لا شيء لها، إذ نفقة القريب تسقط بمضي الزمان، وبالإعسار، وعلى الثانية تثبت في ذمة الغائب وتلزم

(١) المسند ٦/ ٤١٥، ٤١٦.

المعسر، والله أعلم.

باب من أحق بكفالة الطفل

ش: كفالة الطفل واجبة، لأن الصبي يهلك بتركها، فوجبت كالإنفاق عليه، ويتعلق بها حق لقرابته لما سيأتي، والله أعلم.

قال: والأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه إذا طلقت.

ش: إذا افترق الزوجان وبينهما ولد، فالأم أحق به في الجملة، إن كان طفلاً، بلا خلاف نعلمه.

٢٨٨٥ ـ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي»[(١)] رواه أحمد وأبو داود وهذا لفظه.

٢٨٨٦ ـ ويروى أن أبا بكر الصديق حكم على عمر بن الخطاب رضي الله عنهما بعاصم لأمه أم عاصم، وقال: ريحها وشمها ولطفها خير له منك. رواه سعيد في سننه، ولأنها أقرب الناس إليه مع أبيه، وتتميز عن الأب بأنها تلي بنفسها، والأب لا يلي بنفسه، وحكم المعتوه حكم الطفل، لاستوائهما معنى، فاستويا حكماً، ويشترط فيمن تثبت له الحضانة الحرية والبلوغ، والعقل، والعدالة الظاهرة، والله أعلم.

قال: وإذا بلغ الغلام سبع سنين خيّر بين أبويه، فكان مع من اختار منهما.

ش: أي إذا بلغ الغلام سبع سنين وهو عاقل، لما تقدم له من أن حضانة المعتوه لأمه، والمذهب المشهور أن الغلام والحال هذه يخير بين أبويه.

٢٨٨٧ ـ لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه[(٢)]، رواه أحمد وابن ماجه والترمذي وصححه، وفي رواية أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ وأنا قاعد عنده، فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني، فقال لها رسول الله ﷺ: «استهما عليه» فقال زوجها: من يحاقني في ولدي؟ فقال النبي ﷺ: «هذا أبوك وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت» فأخذ بيد أمه فانطلقت به؛ مختصر رواه أبو داود[(٣)].

٢٨٨٨ ـ وعن عمر رضي الله عنه أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه رواه سعيد.

٢٨٨٩ ـ وعن عمارة الجرمي قال: خيّرني عليّ رضي الله عنه بين عمي وأمي،

(١) أخرجه أبو داود حديث ٢٢٧٦، وأحمد ٢/ ١٨٢.

(٢) أخرجه ابن ماجه حديث ٢٣٥١، وأحمد ٢/ ٢٤٦.

(٣) سنن أبي داود حديث ٢٢٧٧.

وكنت ابن سبع سنين أو ثمان، وروي نحو ذلك عن أبي هريرة، ولا نعرف لهم مخالفاً، ولأن الحضانة تثبت لحظ الولد، فيقدم فيها من هو أشفق به، ولا ريب أن ميل الولد إلى أحد الأبوين دليل على أنه أشفق به، فرجح بذلك، وإنما قيدناه بالسبع لأنه إذا بلغ حداً يعرب عن نفسه، ويميز بين الإكرام وضده، ولأنه أول حال أمر الشرع بمخاطبته فيها (وعن أحمد) رواية أخرى أن الأم أحق به، لما تقدم من حديث عمرو بن شعيب، ولا ريب أن حديث أبي هريرة رضي الله عنه أخص منه فيقدم، (وعنه) رواية ثالثة الأب أحق به، لأنه إذاً يحتاج إلى التأديب والتعليم، والأب أخص بذلك، ولا ريب أنها أضعفهن، لمخالفتها الحديثين معاً، وقد ذكر الخرقي رحمه الله حكم الطفل وحكم الغلام، ولم يتعرض لحكم البالغ، والحكم أنه يكون حيث شاء إن كان رشيداً.

(تنبيه): «يحاقني» أي ينازعني في حقي منه، والله أعلم.

قال: وإذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها.

ش: هذا هو المذهب المعروف، نظراً إلى أن المقصود بالحضانة حظ الولد، والحظ للجارية بعد السبع كونها عند أبيها، لقيامه بحفظها، ولأنه وليها، وأعلم بكفؤها، ومنه تخطب وتزوج.

وفي المذهب رواية أخرى ذكرها القاضي في تعليقه أن الأم أحق بها حتى تبلغ، ولفظها من رواية مهنا: الأم أحق بالجارية حتى تستغني، قيل له: وما غنى الجارية؟ قال: حتى تتزوج. ويستدل لذلك بقول النبي ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي» وبقصة ابنة حمزة.

٢٨٩٠ ـ ويرشحه أن في الحديث «من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة»(١) والله أعلم.

قال: وإذا لم تكن أم أو تزوجت الأم، فأم الأب أحق من الخالة.

ش: إذا لم تكن أم أو تزوجت الأم، أو قام بها مانع من فسق ونحوه، فإن أم الأب مقدمة على الخالة، على المشهور من الروايتين، والمختار لعامة الأصحاب، لأنها جدة وارثة، فقدمت كأم الأم، ولأن لها ولادة ووراثة، فأشبهت أم الأم، وعن أحمد رواية أخرى أن الأخت من الأم والخالة يقدمان على أم الأب استدلالاً بحديث ابنة حمزة.

٢٨٩١ ـ فعن البراء بن عازب رضي الله عنه، أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد رضي الله عنهم، فقال علي: أنا أحق بها، هي ابنة عمي، وقال جعفر:

(١) أخرجه أحمد ٥/ ٤١٢.

هي بنت عمي، وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي، فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها، وقال: «الخالة بمنزلة الأم»[١] متفق عليه.

٢٨٩٢ ـ ورواه أحمد[٢] أيضاً من حديث علي رضي الله عنه، وفيه: «والجارية عند خالتها، فإن الخالة والدة» وكذلك رواه أبو داود[٣] من حديث علي رضي الله عنه، وقال: «إنما الخالة الأم» فجعل الخالة بمنزلة الأم، ولا ريب أن الأم مقدمة على أم الأب، فكذلك من بمنزلتها، وهذا ظاهر في الاستدلال، فعلى هذه الرواية قال أبو الخطاب ومن تبعه: يكون هؤلاء أحق من الأخت من الأم، ومن جميع العصبات، وقال أبو البركات: يحتمل على هذه الرواية تقديم نساء الحضانة على كل رجل، ويحتمل أن يقدمن إلا على من أدلين به، ويحتمل تقديم نساء الأم على الأب وأمهاته، وسائر من في جهته، وأن كل امرأة في درجة رجل تقدم هي ومن أدلى بها عليه. انتهى.

وعلى الأولى ظاهر كلام الخرقي أن أم الأب مقدمة على أم الأم، لقوله: فإن لم تكن أم، أو تزوجت الأم فأم الأب أحق من الخالة، وصرح بذلك بعد في قوله: والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم، وخالة الأب أحق من خالة الأم؛ وهذا إحدى الروايتين، وهو أن قرابة الأب كأمه وأخته، ومن يدلي به هل تقدم على قرابة الأم كأمها وأختها ومن يدلي بها؟ على روايتين منصوصتين، (إحداهما) قرابة الأب مقدمة، كما يقوله الخرقي، وهو مقتضى قول القاضي في تعليقه، وفي جامعه الصغير، والشيرازي وابن البنا، لتقديمهم الأخت للأب على الأخت للأم، وذلك لأن التمييز له مزية في التقديم، وقرابة الأب ساوت قرابة الأم في القرب، وتميّزت عنها بإدلائها بعصبة (والرواية الثانية) قرابة الأم مقدمة، وهو اختيار القاضي في روايتيه، وابن عقيل في تذكرته، لتمييز قرابة الأم بإدلائها بمن تقدم على الأب وهو الأم.

وقد تضمن كلام الخرقي أن المرأة إذا تزوجت سقطت حضانتها، وهو المذهب في الجملة بلا ريب، لما تقدم من قوله ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي» (وعنه) في الجارية خاصة لا تسقط حضانتها بالتزويج، نظراً لحديث ابنة حمزة، فإن النبي ﷺ قضى بها لها مع كونها كانت مزوجة، وأجيب عن هذا بأنها كانت زوجة لقريب، وإنما تسقط الحضانة إذا كانت مزوجة بأجنبي، وهذه مسألة تستثنى من كلام الخرقي، وهو أن التزويج مسقط للحضانة إلا بقريب من الطفل، وقيل: شرط القريب أن يكون جداً للطفل، ومقتضى كلام أبي محمد في المغني أن من شرطه أن يكون من أهل الحضانة،

(١) أخرجه البخاري حديث ٢٦٩٩، ٤٢٥١.
(٢) المسند ١/ ٩٨، ١١٥.
(٣) سنن أبي داود حديث ٢٢٧٨.

وإذاً لا يحسن منه الجواب عن الحديث، لأن جعفراً رضي الله عنه كان ابن عمها، وليس هو من أهل الحضانة، وحيث قيل: إن التزويج مسقط للحضانة فذلك بمجرده من غير دخول، على مقتضى كلام الخرقي وعامة الأصحاب، إعمالاً لظاهر الحديث، ولأبي محمد احتمال أن حقها لا يسقط إلا بالدخول، نظراً إلى المعنى المقتضي لإسقاط حقها بالتزويج، وهو الاشتغال بالزوج والتخصيص به، وذلك منتف قبل الدخول، والله أعلم.

قال: والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم، وأحق به من الخالة، وخالة الأب أحق من خالة الأم.

ش: قد تقدم هذا، وأن مذهب الخرقي أن قرابة الأب تقدم على قرابة الأم، فلا حاجة إلى إعادته، وتقدم أن عن أحمد رواية أخرى مشهورة بالعكس، ورواية أخرى أن الخالة أحق من أم الأب، وأن على هذه الرواية تقدم الخالة على الأخت من الأب، لتقديمها على من أدلت به.

قال: وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت، ثم طلقت عادت على حقها من كفالته.

ش: لا نزاع عندنا في ذلك، إذا كان الطلاق بائناً، لأن حقها إنما زال لمعنى، وهو الاشتغال بالزوج، فإذا طلقت زال ذلك المعنى، فتعود إلى ما كانت عليه، واختلف فيما إذا كان الطلاق رجعياً، فظاهر كلام الخرقي ـ وهو الذي نصبه القاضي في تعليقه، وقطع به جمهور أصحابه، كالشريف، وأبي الخطاب، والشيرازي، وابن البنا وابن عقيل في التذكرة ـ أن حقها يعود، نظراً إلى زوال اشتغالها به، لعزلها عن فراشه، وعدم القسم لها عليه، وقال القاضي: قياس المذهب أن حقها لا يعود حتى تنقضي عدتها، بناء على أن الرجعية مباحة، فاشتغالها بالزوج لم يزل، وعلى هذا فقول الخرقي جار على قاعدته من تحريم الرجعية، وأبو محمد خرج الوجه الثاني من كون النكاح قبل الدخول مزيلاً للحضانة مع عدم الشغل، والله أعلم.

قال: وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها، أو يخشى عليه التلف.

ش: للزوج منع المرأة من رضاع ولدها من غيره، ومن رضاع ولد غيرها بطريق الأولى، إذ عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان، ما لم يضرّ بها، سوى أوقات الصلوات، والرضاع يفوت الاستمتاع في بعض الأوقات، فكان له المنع، كالخروج من منزله، فإن اضطر الولد إليها، بأن لا يوجد مرضعة سواها، أو لا يقبل الولد ثدي غيرها، وخشي عليه التلف، فليس للزوج المنع نظراً لحفظ النفس المقدم على حق الزوج، وملخصه أنه يجب ارتكاب أدنى المفسدتين لدفع أعلاهما،

وقول الخرقي: من رضاع ولدها. ظاهر سياق كلامه أنه من غيره، وإلا كان يقول: وللزوج منع المرأة من رضاع ولدها. وفي بعض النسخ: ولدها من غيره.

قال: وعلى الأب أن يسترضع لولده إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها، فتكون أحق به من غيرها، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة.

ش: قد دلّ كلام الخرقي على مسألتين (إحداهما) أن إرضاع الولد على الأب وحده، وليس له إجبار أمه على رضاعه مطلقاً، ولظاهر قوله سبحانه: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ الآية إلى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقوله سبحانه: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: ٦] ومتى اختلفا فقد تعاسرا (المسألة الثانية) أن الأم إذا شاءت أن ترضعه بأجرة مثلها كان لها ذلك، وقدمت على غيرها إذا كانت مفارقة من الزوج بلا نزاع، وكذلك إذا كانت في حباله على المشهور، وقيل: بل إذا كانت في حباله كان له منعها بأجرة وبغيرها، ومبنى الخلاف على فهم الآية الكريمة، وذلك لأن إرضاعه كنفقته، والجامع أن بنيته لا تقوم إلا بهما، ونفقته لو كان كبيراً عليه، فكذلك إرضاعه إذا كان صغيراً، ولظاهر الآية الكريمة: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ فإن الله سبحانه جعل حكمه الشرعي أن الوالدات يرضعن أولادهن، لكن هل المراد كل والدة، اعتماداً على عموم اللفظ، فتدخل فيه المطلقة وغيرها، أو المراد به الوالدات المطلقات، لذكرهن في سياق المطلقات، والسياق والسباق يخصصان؟ فيه قولان، فعلى الثاني إذا كان المراد المطلقات فالمزوجات لم تتناولهن الآية، وإذاً للزوج منعهن من الإرضاع، نظراً لحقه من الاستمتاع، كما له ذلك في ولد غيره، وقول الخرقي: بأجرة مثلها. مفهومه أنها إذا طلبت أكثر من أجرة المثل لم تكن أحق به، وهو كذلك، لطلبها ما ليس لها، فتدخل في قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ نعم لو طلبت أكثر من أجرة المثل، ولم يوجد من ترضعه إلا بمثل تلك الأجرة، فقال أبو محمد: الأم أحق، لتساويهما في الأجرة، وميزة الأم، وقوله: فتكون أحق به. مقتضاه وإن وجد متبرعة برضاعه، وهو كذلك، اعتماداً على إطلاق الآية الكريمة، والله سبحانه أعلم.

باب نفقة المماليك

قال: وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم ويكسوهم بالمعروف.

ش: هذا إجماع والحمد لله، وقد دلت عليه السنة النبوية.

٢٨٩٣ ـ فعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال لقهرمان له: هل أعطيت الرقيق قوتهم؟ قال: لا. قال: فانطلق فأعطهم، فإن رسول الله ﷺ قال: «كفى بالمرء إثماً أن يحبس عمن يملك قوته»[١] رواه مسلم.

(١) أخرجه مسلم ٧/ ٨٢.

٢٨٩٤ ـ وعن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «للمملوك طعامه وكسوته، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق»[١] رواه أحمد ومسلم، والواجب له قدر كفايته من غالب قوت البلد وأدمه لمثله بالمعروف، وكذلك الكسوة من غالب كسوة البلد لأمثال العبد بالمعروف.

٢٨٩٥ ـ لأن في بعض روايات حديث أبي هريرة رضي الله عنه «بالمعروف» رواه الشافعي في مسنده، وسواء كان قوت سيده وكسوته مثل ذلك أو أزيد، والمستحب أن يطعمه من طعامه، ويلبسه من لباسه.

٢٨٩٦ ـ لما روى أبو ذر أن النبي ﷺ قال: «هم إخوانكم وخولكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل، وليلبسه مما يلبس، ولا تكلّفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتوهم فأعيونهم عليه»[٢] متفق عليه.

(تنبيه) القهرمان[٣].

قال: وأن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك.

ش: على السيد أن يزوج مملوكه إذا احتاج إلى ذلك، لقول الله سبحانه: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ﴾ [النور: ٣٢] وظاهر الأمر الوجوب.

٢٨٩٧ ـ وعن ابن عباس رضي الله عنهما: من كانت له أمة فلم يزوجها ولم يصبها، أو عبد فلم يزوجه، فما صنعا من شيء كان على السيد. ولأن النكاح مما تدعو الحاجة إليه غالباً، أو يتضرر بفواته، فأجبر عليه السيد كالنفقة وقوله: إذا احتاج إلى ذلك. يخرج به من لا حاجة له إلى ذلك، كالصغير والأمة إذا كان السيد يطؤها، وكذلك إذا سراه السيد لاندفاع حاجته.

(تنبيه): ولا يجب التزويج إلا بطلب المملوك، لأن الحق له، فلا تعلم حاجته إلا بطلبه، والله أعلم.

قال: فإن امتنع أجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك.

ش: إذا امتنع السيد مما وجب عليه من طعام، أو كسوة أو تزويج، وطلب المملوك البيع، فإن السيد يجبر على ذلك، لأن بقاء الملك عليه مع الإخلال بما تقدم إضرار بالعبد، وإزالة الضرر واجبة شرعاً، والبيع طريق لزواله، فوجب دفعاً للضرر المنفي شرعاً، وإنما توقف الحق على طلب العبد، لأن الحق له، فلا يستوفى بدون طلبه، ومفهوم كلام الخرقي أن السيد إذا قام بالواجب عليه لا يجبر على البيع، وإن طلب المملوك ذلك، وقد نصّ أحمد عليه، إذ لا ضرر يزال، والله أعلم.

---

(١) أخرجه مسلم ١١/ ١٣٤، وأحمد ٢/ ٢٤٧.

(٢) أخرجه البخاري حديث ٢٥٤٥، ٦٠٥٠، ومسلم ١١/ ١٣٢.

(٣) بياض في الأصل.

قال: وليس عليه نفقة مكاتبه إلا أن يعجز.

ش: المكاتب مع سيده في أكسابه ومنافعه ونفقته ونحو ذلك كالأجنبي، فإذا عجز عاد كما كان قبل الكتابة.

قال: وليس له أن يسترضع الأمة لغير ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ربه.

ش: إذا لم يكن في الأمة فضل عن ري ولدها فليس لسيدها أن يرضعها لغيره، حذاراً من إضراره، لنقصه عن كفايته، وصرف اللبن المخلوق له لغيره، وإن كان فيها فضل عن ريه جاز له أن يرضعه غيرها، لانتفاء المحذور، مع وجود المقتضي وهو الملك.

قال: وإذا رهن المملوك أنفق عليه سيده.

٢٨٩٨ ـ ش: لقول النبي ﷺ: «الرهن من راهنه، له غنمه وعليه غرمه»[١] ونفقته من الغرم، فكانت على الراهن.

قال: وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه.

ش: هذا هو المشهور، حتى أن أبا الخطاب في الهداية وأبا محمد في المقنع، وغيرهما قطعوا بذلك، وخرج أبو محمد قولاً آخر أنه لا يرجع، بناء على رواية النفقة على الرهن والوديعة، والجمال إذا هرب الجمال، ونحو ذلك، وكذلك أبو البركات برد الآبق، مع جملة هذه المسائل، وذكر الخلاف، إلا أنه قيد ذلك بما إذا نوى الرجوع، وتعذّر استئذان المالك، وبعض الأصحاب لا يشترط تعذر الاستئذان، وقد يفرق بين الآبق وغيره أن الآبق يخشى ضرره، لاحتمال لحوقه بدار الحرب، وارتداده، وهذا المعنى غير موجود في غيره، والله سبحانه وتعالىٰ أعلم.

تم الجزء الثاني، ويليه الجزء الثالث

وأوله: كتاب الجراح

---

(١) تقدم الحديث مع تخريجه برقم ٢٠٢٨.

فهرس المحتويات